المسؤولية الجنائية الناتجة عن

عقود التشييد

" دراسة مقارنة "

الدكتور

حميد لطيف الدليمي



الطبعة الأولى
2015

المسؤولية الجنائية
الناتجة عن عقود التشييد

دراسة مقارنة

الدكتور

حميد لطيف نصيف الدليمي

دار وائل للنشر

الطبعة الأولى

2015

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية : (2013/11/4056)
المسؤولية الجنائية الناتجة عن العقود والتشييد: دراسة مقارنة/ حميد لطيف الدليمي. - عمان: دار وائل للنشر والتوزيع ، 2013.
(360) ص
ر.إ. : (2013/11/4056)
الواصفات: / البناء // القانون/
* يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

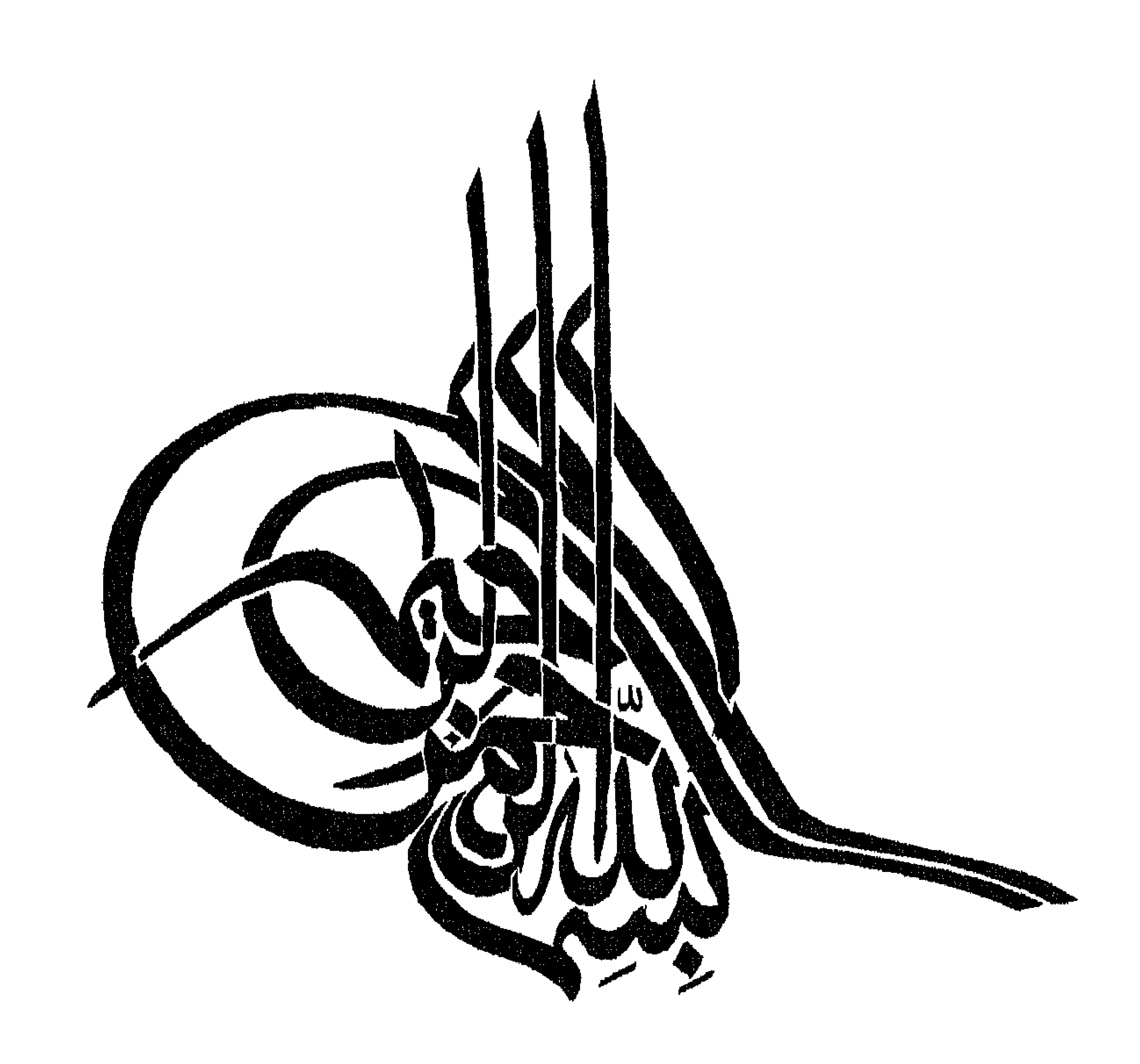
****

رقم التصنيف العشري / ديوي : 346.045
ISBN 978-9957-91-147-8 (ردمك)

* المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد
* د. حميد لطيف نصيف الدليمي
* الطبعـة الأولى 2015
* جميع الحقوق محفوظة للناشر



دار وائــل للنشر والتوزيع
* الأردن – عمان – شارع الجمعية العلمية الملكية – مبنى الجامعة الأردنية الاستثماري رقم (2) الطابق الثاني
هـاتف : 00962-6-5338410 – فاكس : 00962-6-5331661 - ص. ب (1615 – الجبيهة)
* الأردن – عمان – وسط البلد – مجمع الفحيص التجـاري- هـاتف: 00962-6-4627627
www.darwael.com
E-Mail: Wael@Darwael.Com


بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿ أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَىٰ تَقْوَىٰ مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانٍ
خَيْرٌ أَم مَّنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَىٰ شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَانْهَارَ بِهِ
فِي نَارِ جَهَنَّمَ ۗ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿١٠٩﴾ ﴾

صدق الله العظيم

سورة التوبة – الآية "109"

الفهرسة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

المقدمة

إن عقود التشييد أصبحت في الوقت الحاضر من العقود المهمة سواء أكانت عقودا محلية أم دولية بسبب التطور الكبير لقطاع التشييد، وقد أدى ذلك إلى تشعب نواحي هذه العقود ولذلك أقدم المشرعون في مختلف دول العالم على وضع أحكام مستقلة لها ذات طبيعة خاصة تقوم على اعتبارات فنية بحته، ومن هذه الاعتبارات أن عقد التشييد FIDIC[1] الصادر من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين والذي يخول المهندس الاستشاري مجموعة من المسؤوليات والالتزامات الفنية والإدارية فضلاً عن ذلك الإشراف لأحكام هذا العقد، ومنها إعداد التصاميم والمواصفات الفنية ومراقبة سير عملية تنفيذ الأعمال أثناء التشييد لتّأكد من إنها تنفذ طبقا للعقد ووفقا للمواصفات والشروط الفنية، بالإضافة إلى ذلك تسند إلى المهندس الاستشاري أعمالا قانونية بصفته وكيلا عن صاحب العمل، ومن هذه الأعمال إجراء التعديلات على التصاميم الأصلية أو إضافة أعمال جديدة لبنود العقد الأصلي ومعاينة وقبول الأعمال وكذلك السلطة في فحص حسابات المقاول وتسويتها وتسند إليه كذلك سلطة التفاوض مع المقاول في شأن تحديد أسعار الأعمال الإضافية أو المعدلة، وهو بذلك يقوم بتلك المهام بصفته ممثلا ووكيلا عن صاحب العمل، وكل ذلك يجري طبقا لنصوص العقد.

بينما تتحدد مسؤولية المقاول من خلال الإلتزامات المترتبة عليه، والتي تشمل المسؤولية عن إنجاز العمل وتسليمه ضمن المدة التعاقدية، ومسؤوليته عن جودة العمل، وكذلك ضمان الضرر أو الخسارة الناتجة عن الأعمال المعيبة، والضمان العشري

---

(1) FIDIC هذه هي تجميع للأحرف الأولى للتسمية الفرنسية Federation International Des Ingenseils. وتعني الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهو اتحاد يضم جمعيات المهندسين الاستشاريين في الدول الدول المختلفة.

للأعمال المنفذة من قبله لمدة عشر سنوات من تاريخ تسلم الأعمال النهائية لصاحب العمل.

إن موضوع البحث ينصب أساسا على تحديد القواعد القانونية التي تحكم المسؤولية الجنائية للمهندس الاستشاري والمقاول في عقود التشييد، دراسة مقارنة في القانون العراقي والقانون السوداني والقانون المصري، ويسلط الضوء على الفكرة الأساسية لموضوع البحث، ألا وهي تلك الجرائم التي ترتكب بطريق الإهمال الجسيم بعدم مراعاة الأصول الفنية في اعمال التشييد، سواء أكان ذلك متعلقا بمراعاة الأصول في إعداد التصاميم والمواصفات الفنية أو التنفيذ أو الإشراف على التنفيذ أو الغش في استخدام المواد الإنشائية في اعمال البناء أو عن طريق استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية المطلوبة.

والمسؤولية الجنائية تعني الالتزام بتحمل الجاني للنتائج المترتبة على فعله في توافر ركنيها المادي والمعنوي،وأساس المسؤولية الجنائية الاختيار، فالجاني كان بوسعه أن يختار طريق الابتعاد عن الجريمة ولكنه اختار الطريق المخالف فأصبح مسؤولاً، وما دام قادرا على السلوك المطابق للقانون. ولم تقيد إرادته ولكنه خالف القانون فإنه يُسأل عن فعله.

لذلك فان تشريعات تنظيم أعمال البناء والتشييد بدأت تحتل أهمية خاصة في الأنظمة القانونية الحديثة، فقد اتجه المشرع إلى تنظيم عمليات البناء من خلال التخطيط العمراني والرقابة على التنفيذ ومدى مطابقته للمواصفات وقواعد السلامة، فضلاً عن ذلك عمل على وضع قواعد مشددة للمسؤولية من شأنها حث القائمين بأعمال البناء والتشييد على إتباع الدقة وحسن التنفيذ، تضمن كذلك حصول الأشخاص المتضررين على التعويضات اللازمة عن الأضرار الناتجة عن عيوب البناء والمنشآت الأخرى[1].

(1) قانون تنظيم البناء المصري، رقم 119 لسنة 2009.

وتنطوي أهمية العمل في عقود التشييد على العديد من الجوانب لاشتراك أكثر من عنصر مادي وبشري في إنشائه، فإلى جانب العنصر التصميمي الذي يتولاه المهندس الإستشاري ويقوم بتنفيذه مقاول أو أكثر تحت إشراف نفس المهندس أو مهندس آخر، ويشترك معه مقاولون من الباطن وفنيون وعمال، ويوجد هناك أيضاً المجهزين والموردون للمواد الأولية الطبيعية والمصنعة، ولاشك من تداخل هذه العناصر يجعل من الصعوبة تحديد المسؤولية التي تقع على جانب المسؤول عن العيب الذي ينجم عنه الضرر.

ويمر العمل في البناء والتشييد بمراحل عديدة، وفي كل مرحلة من هذه المراحل تثير الأضرار الناتجة عن تعيّب البناء أو تهدمه نوعا معينا من المسؤولية، ففي مرحلة التنفيذ تثور المسؤولية عن الأفعال الشخصية والأشياء الداخلة تحت حراسة البناء أو حراسة الأدوات والمعدات، وغالبا ما يكون الحارس في هذه المرحلة هو المهندس المشرف أو المقاول الذي يسأل عن الأضرار الناتجة بمناسبة عمليات البناء طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، ويمكن أن تثور كذلك مسؤوليته العقدية في مواجهة المالك أو صاحب العمل إذا نجمت الأضرار عن الإخلال بالتزام يندرج في مضمون عقد المقاولة المبرم بينهما، إلا أن الحراسة يمكن أن تكون للمالك إذا تولى هو عملية البناء تحت إشرافه وسيطرته وبعد تسلم الأعمال تكون الحراسة لصاحب العمل ومن ثم تنعقد مسؤوليته كحارس للبناء، إلا أن القانون ألقى على عاتق المهندس الإستشاري والمقاول مسؤولية ضمان الأعمال لمدة عشر سنوات، ومن ثم تكون مسؤوليتهم في مواجهة صاحب العمل عن كل ما يحدث في هذه الفترة من تهدم أو عيوب من شأنها تهديد متانة البناء وسلامته.

ولموضوع البحث أهمية بالغة سواء من الناحية النظرية أو العملية:

1- من الناحية النظرية: يثير الموضوع كثير من المشاكل في تحديد أساس المسؤولية الجنائية للمهندس الإستشاري والمقاول كأصحاب مهن فنية مما يترتب عليه معيار الخطأ المهني، إذ أن البحث في مسؤولية المهندس الإستشاري عن أخطائه المهنية التي قد

تؤدي إلى كارثة جماعية تزهق فيها أرواح بريئة وتهدر فيها أموالا كثيرة ويكون هذا الخطأ بالخروج عن الأصول العلمية والفنية السائدة والمستقرة في مهنته.

2- من الناحية التطبيقية: والتي تتعلق بمراعاة المواصفات الفنية لأعمال التشييد فضلاً عن الأبعاد المهمة التي يمكن أن يأخذها هذا الموضوع عمليا بعد التوسع في إنشاء شركات التشييد والمقاولات، وبعد أن أصبحت عملية التشييد يغلب عليها الطابع التجاري وليس الفني فقط.

إن إصطلاح المهندس المعماري في مواد القانون المدني، مخالف لاصطلاحه العلمي ففي حين إن الاصطلاح العلمي يطلق على المهندس الحاصل على بكالوريوس هندسة قسم العمارة، فإن الاصطلاح القانوني يعني مختلف تخصصات المهندسين المساهمين في عملية التشييد والذين تربطهم علاقة تعاقدية مع صاحب العمل.

وعلى الرغم من أن مهندسين في تخصصات مختلفة ومقاولين متعددين يسهمون في عملية إنشاء عقد التشييد لصالح صاحب العمل فأن الضمان المعروف بالضمان العشري لا ينطبق إلا على من ارتبط منهم بعقد مقاولة مع صاحب العمل وعادة ما يكون المهندس الإستشاري والمقاول.

ومن المناسب لتناول هذه الدراسة أن تقسم إلى ما يأتي: -

- المقدمة.
- الفصل التمهيدي: صور المسؤولية في عقود التشييد.
- الفصل الأول: المسؤولية العقدية للمهندس والمقاول في عقود التشييد.
- الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول أثناء فترة تنفيذ أعمال التشييد.
- الفصل الثالث: مسؤولية المهندس والمقاول بعد تسليم الأعمال لصاحب العمل.
- الفصل الرابع: المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول في أعمال التشييد.

- الفصل الخامس: إنتفاء المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأصول الفنية في أعمال التشييد.
- الفصل السادس: تطبيقات قضائية للمسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأصول الفنية المطلوبة في أعمال التشييد.
- الخاتمة: يبين فيها الباحث أهم الإستنتاجات والتوصيات التي يتوصل إليها من الدراسة.

الفصل التمهيدي

صور المسؤولية في عقود التشييد

المبحث الأول : المسؤولية المدنية

المبحث الثاني : المسؤولية الجنائية

المبحث الثالث : المسؤولية التأديبية النقابية

المبحث الرابع : المسؤولية التأديبية الإدارية

الفصل التمهيدي
صور المسؤولية في عقود التشييد

تعد المباني والمنشآت الأُخرى استجابة ضرورية لمتطلبات الإنسان المتزايدة، وكان للتقدم العلمي والتقني أثره الواضح في ضخامة مشاريع التشييد وسرعة انجازها، وإن أي خلل أو قصور في أعمال التشييد يؤدي إلى العديد من الحوادث التي تمس سلامة الأفراد وتعرض أرواحهم وأموالهم إلى العديد من المخاطر والأضرار، لذلك فان تشريعات تنظيم عمليات البناء والتشييد بدأت تحتل أهمية خاصة في الأنظمة القانونية بوصفها تشريعات تنظم عمليات البناء والرقابة على تنفيذها وعلى مطابقتها للمواصفات وقواعد السلامة. ووضع قواعد مشددة للمسؤولية من شأنها حث القائمين بأعمال البناء والتشييد على الدقة وحسن التنفيذ، وتتضمن في الوقت نفسه حصول المتضررين على التعويضات اللازمة لجبر الأضرار الناجمة عن تعيب وانهدام المباني والمنشآت الأُخرى.

وقد ذهبت بعض التشريعات إلى إجبار القائمين على أعمال التشييد سواء أكان مهندسا أو صاحب عمل أو مقاولا على التأمين الهندسي على المشروع أو المبنى المراد إنشاءه قبل الشروع في أعمال البناء وإلاّ يعد ذلك جريمة، وهدف المشرع من وراء ذلك هو تمكين المضرور من عمليات البناء الحصول على التعويض من دون التعرض لمخاطر المدين.

إن المسؤولية القانونية الناتجة عن الأخطاء التي يرتكبها القائمين بأعمال البناء والتشييد سواء أكان مهندساً أو مقاولاً أو صاحب العمل يمكن أن يجد نفسه أمام عدة مسؤوليات مختلفة وسنتناول في هذا الفصل الآتي:-

المبحث الأول: المسؤولية المدنية.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية.

المبحث الثالث: المسؤولية التأديبية النقابية.

المبحث الرابع: المسؤولية التأديبية الإدارية.

المبحث الأول
المسؤولية المدنية

يقصد بالمسؤولية المدنية على نحو عام حالة الشخص الذي يرتكب فعلاً يستوجب المؤاخذة سواء أكانت المؤاخذة أدبية، إذا كان الأمر مخالفا لقواعد الأخلاق، أم القانونية، إذا كان الأمر مخالفا لقواعد القانون ومن هنا كانت المسؤولية أما أدبية أو قانونية والقانونية بدورها تنقسم إلى عدة أنواع[1].تقوم المسؤولية عند إخلال الفرد بالتزام عقدي أو واجب قانوني، ويترتب على ذلك تجاوز الشخص طبيعيا كان أم معنويا، حدود الحقوق المحددة له بالقانون أو بالعقد، ويشكل هذا التجاوز تعديا على حقوق الآخرين وإضرارا بهم[2]. وتنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، وتنشأ المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام تعاقدي، وأخرى تنشأ عند الإخلال بالتزام قانوني بعدم الإضرار بالغير وتسمى بالمسؤولية التقصيرية.

---

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني – القسم الاول – في الاحكام العامة، ط 5، القاهرة، 1992، ص 1.

(2) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، منشأة المعارف الاسكندرية، 2007، ص 14، د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية، الشركة العامة للكتاب، بيروت، 1987، ص 27.

المسؤولية العقدية كالمسؤولية التقصيرية قوامها تعويض الضرر،إلا أنها تختلف عنها في أن الضرر عنها الذي تستهدف تعويضه ينشأ عن الإخلال بالتزام عقدي أي مصدره العقد، لذلك فهي تفترض توافر الشروط الآتية[1]:

أ- وجود عقد صحيح مبرم بين الطرفين قبل وقوع الضرر.

ب- أن يخل أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية.

ج- أن يسبب هذا الإخلال، أضراراً للطرف الآخر نفسه أو لخلفه.

فإذا توافرت هذه الشروط كانت المسؤولية عقدية، أما المسؤولية التقصيرية فلا تتطلب الإخلال بالتزام عقدي، ومن ثم فإنها تتحقق دون أن يكون هناك تعاقد سابق بين الطرفين، وفي كلتا الحالتين فإن نتيجة المسؤولية هي واحدة وهي التعويض[2] وبالرغم من التشابه الكبير بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية لاسيما من حيث الطبيعة، إلا أن هناك اختلافات جوهرية بينهما من حيث المصدر[3]. فمصدر المسؤولية العقدية هو الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد، بينما مصدر المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني يتمثل في عدم الإضرار بالغير، وتبدو أهمية التمييز للتنظيم القانوني في كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في اختلاف أحكام كل منهما في بعض الوجوه الآتية: -

---

(1) د. محمد لبيب شنب، د. اسامة ابو الحسن مجاهد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بدون دار نشر، القاهرة، 2007، ص 357، د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية – القسم الاول، معهد الدراسات العالمية، القاهرة، 1958، ص 3.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام، الجزء الاول، مطبعة نديم، بغداد، 1977، ص 446، وكذلك نص المادة (204) في القانون المدني العراقي بانه "تعد يصيب الغير بادي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض".

(3) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية – الجزء الاول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 97 وما بعدها .

1- التعويض:

إذ يشمل التعويض في حالة المسؤولية التقصيرية كل الأضرار التي نشأت عن العمل غير المشروع التي تسبب فيها المسؤول سواء بفعله الشخصي،أو بفعل شخص يجعله القانون مسؤولاً عنه، أو نتيجة تدخل شيء ضمن حراسته[1]، وسواء كان ضررا متوقعا أم غير متوقع، أما المسؤولية العقدية فلا تشمل التعويض سوى الضرر المتوقع[2].

2- المسؤولية التضامنية: -

إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية كانوا متضامنين في التزامهم في دفع التعويض[3]،أما المسؤولية العقدية فلا تضامن إلا إذا اتفق على ذلك في العقد.[4]

3- تقادم دعوى التعويض:-

مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية أقصر منها في المسؤولية العقدية، إذ يكون التقادم في الأولى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم المضرور بحدوث الضرر بالشخص المسؤول عنه[5]، أما دعوى المسؤولية العقدية فتنقاد بقاعدة عامة بمعنى خمس عشرة

(1) د. محمد لبيب شنب، د. اسامة ابو الحسن مجاهد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 353.

(2) المادة (221 / 2) من القانون المدني المصري، تقابلها المادة (259/ 2) من القانون المدني العراقي، والمادة (363) من القانون المعاملات المدنية السوداني.

(3) المادة (1/217) من القانون المدني العراقي، المادة (1/151) من القانون المعاملات المدني السوداني، والمادة (169) من القانون المدني المصري.

(4) المادة (279) من القانون المدني المصري تنص على " التضامن بين الدائنين او المدنيين لا يفترض، وانما يكون بناء على اتفاق او نص في القانون " تقابلها المادة (320) من القانون المدني العراقي.

(5) المادة (232) من القانون المدني العراقي التي نصت على " لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ايا كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي احدثه ولا تسمع الدعوى في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غيرالمشروع " وتقابلها المادة (1/172) من القانون المدني المصري وبنفس النص السابق، اما في المادة (159) من قانون المعاملات المدنية السوداني فقد حددت المدة

سنة[1]، على اعتبار إن الإلتزام في المسؤولية التقصيرية مفروض على المدين، بينما في المسؤولية العقدية يكون المدين قد قبله بمحض إرادته، ولا يجوز في جميع الأحوال تجاوز مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت وقوع العمل غير المشروع، ويستوي أن تكون المسؤولية عن خطأ شخصي أو مفترض[2].

4- الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية:

لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية[3]، بينما يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية، إلا ما ينشأ عن حالتي الغش أو الخطأ الجسيم.

5- الإثبات:

في المسؤولية العقدية يتحمل عبء إثباته من خلال قيامه بتنفيذ إلتزامه التعاقدي بعد أن يثبت وجود العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فالمدعي هو الذي يثبت أن المدعى عليه قد أخل بالتزامه القانوني وارتكب عملا غير مشروع.

6- الاعذار:

في المسؤولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا في حالات إستثنائية، أما في المسؤولية التقصيرية فلا يتطلب إعذار، إذ أن قوامها التزام قانوني يقع على كافة الناس بعدم الإضرار بالغير.

بخمس سنوات بدلا من ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه.

(1) المادة (374) من القانون المدني المصري، المادة (429) من القانون المدني العراقي، المادة (129) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(2) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

(3) المادة (213) من القانون المدني المصري، والمادة (259) من القانون المدني العراقي.

7- الأهلية:

في المسؤولية العقدية نشترط أهلية الرشيد في أكثر العقود، أما في المسؤولية التقصيرية فيكفي أهلية التمييز.

وبالرغم من اتفاق الفقهاء حول الأساس القانوني للمسؤوليتين، إلا أن بينهم خلافا كبيرا حول إمكانية الجمع بينهما(1).

المشرع قد وضع أحكاما خاصة تنظم العقد الذي يبرمه المهندس أو المقاول مع صاحب العمل، فقد شدد في المسؤولية وذلك لما يرتبه تهدم المباني من أضرار جسيمة سواء أكانت بشرية أم مادية، حيث نصت المادة (870) على أنه " يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى..........."(2).

وهكذا تحكم القواعد العامة للمسؤولية العقدية أساسا علاقة صاحب العمل بالمهندس أو المقاول، في الفترة السابقة على انجاز العمل وتسلمه، ويكون عقد المقاولة هو المرجع في تحديد حقوق والتزامات كلاً من الطرفين(3). كما تمتد قواعد هذه المسؤولية لتحكم العلاقة بين صاحب العمل والمهندس أو المقاول بعد تسلم الأعمال، فتحكم خطأ المقاول في تنفيذ الأعمال بشكل معيب ومخالف للمواصفات الفنية المطلوبة المتفق عليها في العقد، أو تأخره في انجاز العمل عن الموعد المحدد في العقد، مما يترتب عليه التأخر في تسلم الأعمال إلى صاحب العمل، بينما تتحدد مظاهر خطأ المهندس في

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الاول، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص 749 – 762. د. محمد لبيب شنب، د. اسامة ابو الحسن مجاهد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 356 – 357،

(2) تقابلها المادة (651)مدني مصري، المادة (386)من قانون المعاملات المدنية السوداني، وبنص مشابه.

(3) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1985، ص 38 – 39.

علاقته العقدية بصاحب العمل، والإهمال في الإشراف على تنفيذها، والتقصير في معاونة صاحب العمل، وتقديم المشورة الخاطئة، ومثل هذه الأخطاء يمكن التمسك بها قبل تسلم الأعمال بحسبانها سببا للمسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة في علاقة المهندس بصاحب العمل، كما يمكن لهذا الأخير أن يتمسك أيضا بعد التسلم النهائي للأعمال بحسبانها سببا لمسؤولية المهندس في الضمان العشري، إذا أدت هذه الأخطاء إلى ظهور عيوب في المنشآت التي تم تنفيذها، تتوافر فيها الشروط التي حددتها المادة (386-1) من قانون المعاملات المدنية السوداني التي نصت على ما يأتي: 'إذا كان عقد المقاولة قاماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت. ومن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول[1].

المبحث الثاني
المسؤولية الجنائية

تقوم المسؤولية الجنائية عند وجود ضرر يصيب المجتمع أو يهدده، ويكون مرتكب الفعل الضار مسؤولاً أمام الدولة بوصفها ممثلة للمجتمع، ويكون جزاؤه عقوبة عليه باسم المجتمع ردعا له ولغيره، ولذلك بات من المبادئ الأساسية في القوانين الحديثة بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص'[2].

وقد ذهبت المادة (8) من القانون الجنائي السوداني بالنص على:

1. لا مسؤولية إلا على الشخص المكلف المختار.

---

(1) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 29 – 42.

(2) هذا المبدأ نص عليه قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969، في المادة الاولى تحت عنوان قانونية الجريمة والعقاب مفادها ' لا عقاب على فعل او امتناع الانباء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون'.

2. لا مسؤولية إلا عن فعل غير مشروع يرتكب بقصد أو يرتكب بإهمال.

إذ يظهر من نص المادة السابقة إنها تضع القاعدة العامة للمساءلة الجنائية، وعليه فإن المسألة هي حرية الإختيار والإدراك الصحيح للنتائج، والقصد إليها قصداً صحيحاً لكي يترتب الفعل الجنائي يجب أن تتوفر العناصر الآتية: الإدراك الصحيح، حرية الإختيار، القصد إلى النتائج. فإذا تخلف أي عنصر من هذه العناصر المكونة للأهلية الجنائية لايعد الشخص مرتكباً الجريمة، فالمكلف كي تقصده المادة السابقة، إنه كل شخص طبيعي بالغ عاقل مدركاً لماهية أفعاله.

والمسؤولية الجنائية بما تتضمنه من عقاب إنما تهدف بصورة مباشرة تحقيق الأمن والعدل والإستقرار في المجتمع.

وبناء على ما تقدم فهناك اختلافات أساسية بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية من أهمها[1]:

1- جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة توقع على الجاني، أو وسيلة من وسائل الحماية أو العلاج، أما الجزاء في المسؤولية المدنية فهو التعويض الذي يلتزم فيه الشخص المسؤول عنه.

2- الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية هي الدولة بوصفها ممثلة للمجتمع، أما الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية المدنية فهو المضرور نفسه لان الجزاء أو التعويض حقه شخصيا.

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول، ص ص 744 – 745.

د. محمد شريف عبد الرحمن احمد، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص 15. د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 7.

3- لا يجوز الصلح أو التنازل في المسؤولية الجنائية كمبدأ عام، لأنها لا تتعلق بحق خاص وإنما بحق عام للمجتمع، خلافا للمسؤولية المدنية التي يحتفظ فيها المضرور، الحق في الصلح أو التنازل لان الحق هنا خاص للشخص.

4- بما أن الجزاء في المسؤولية الجنائية يتضمن فكرة العقوبة التي تصيب الشخص في نفسه أو ماله، لذلك أصبح من الضروري تحديد الأحوال التي يتعرض فيها الشخص للمسؤولية الجنائية، لذلك فقد قررت التشريعات انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا عقوبة إلا على الأفعال اللاحقة على صدور النص.

أما المسؤولية المدنية لاسيما المسؤولية التقصيرية فتترتب على أي عمل غير مشروع، من دون حاجة لنصوص تبين هذه الأعمال غير المشروعة، فلم يعمد المشرع إلى تحديد حالات نشوئها ولكن كما هي الآثار التي تترتب على إجتماع المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية في عمل واحد؟

إذا ترتب على العمل الواحد مسؤولية جنائية ومدنية معا، أثرت المسؤولية الجنائية وهي الأقوى لأنها حق المجتمع على المسؤولية المدنية وهي الأضعف لأنها حق الفرد ويظهر ذلك من خلال الآتي: -

أ- حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية

إذا ترتب على العمل الواحد مسؤوليات جنائية ومدنية، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية، لان الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية، ولكن إذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية المختصة، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ففي هذه الحالة يجب على المحكمة المدنية أن توقف الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها حتى يتم الفصل في الدعوى الجنائية، والغرض من ذلك منع صدور حكمين متعارضين، كما لو أن المحكمة الجنائية تقرر براءة المتهم على أساس انه لم

يرتكب الفعل الذي يحاكم من اجله، في حين تقرر المحكمة المدنية انه قد ارتكب هذا الفعل وتلزمه بالتعويض بناء على ذلك[1].

فإذا أصدرت المحكمة الجنائية حكما في الدعوى حاز قوة الأمر المقضي، فإن المحكمة المدنية تتقيد عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع من دون أن تتقيد بالتكييف القانوني لهذه الوقائع فقد يختلف التكييف من الناحية المدنية عنه في الناحية الجنائية[2].

والحكم الصادر بإدانة المهندس أو المقاول يلزم القاضي المدني ولا يكون أمامه سوى البحث في تقدير قيمة التعويض عن الضرر الناجم عن هذه الجريمة، أما الحكم الجنائي الصادر ببراءة المهندس أو المقاول لعدم ثبوت الخطأ في جانبهما، فهو يحوز الحجية أمام المحكمة المدنية ويمنع عليها مخالفته وبذلك يحضر عليها الحكم بالتعويض للمضرور أو لذويه على ذات الأساس[3].

---

(1) د. محمد لبيب شنب، د. اسامة ابو الحسن مجاهد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص355، قضت محكمة النقض المصرية، 261 لسنة 38، جل 3/ 12/ 1973، س 24، ص 1206 بما يأتي: مؤدى نص المادة (265/ 1) من قانون الاجراءات انه اذا ترتب على الفعل الواحد مسؤوليتان، جنائية ومدنية، ورفعت دعوى المسؤولية المدنية امام المحكمة المدنية، فان رفع الدعوى الجنائية سواء قبل رفع الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها يوجب على المحكمة المدنية ان توقف السير في الدعوى المرفوعة امامها الى ان يتم الفصل نهائيا في الدعوى الجنائية وهذا الحكم متعلق بالنظام العام".

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، فقرة 508، ص 746 – 747.

(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 13.

المبحث الثالث
المسؤولية التأديبية النقابية

وتشمل في حق النقابة أو الاتحاد الذي ينتمي إليه المهني سواء أكان مهندسا أم مقاولا، في النظر عن الأخطاء التي تصدر منهم وتوقيع الجزاءات التي تضمنها قانون النقابة المختصة، لجد إن المشرع أكد على العقوبات التي يمكن أن توقع على المهندس أو المقاول والمتعلقة بممارسة المهنة، فقانون نقابة المهندسين العراقيين المرقم 51 لسنة 1979، فقد نصت المادة (42) منه على أحكام الإنضباط على ما يأتي:

"أولا: لا يجوز للعضو القيام بالأعمال الآتية:

ا- إهمال أو عرقلة تطبيق القوانين والأنظمة المتعلقة بالنقابة والتعليمات التي تصدرها.

ب- مزاولة المهنة بدون تجديد الاشتراك، بموجب هذا القانون.

ج- عدم مراعاة السلوك المهني أو السلوك العام والإساءة إلى سمعة المهنة حسب القواعد المنصوص عليها في النظام الداخلي.

د- استخدام أية وساطة أو أسلوب بغرض الربح غير المشروع.

هـ- إنتحال لقب علمي أو صفة مهنية غير صحيحة أو غير مصادق عليها، وفق القوانين والأنظمة المرعية والإعلان عن ذلك بأية طريقة كانت.

و- تجاوز حدود مزاولة المهنة حسب ما نص عليه النظام الداخلي أو التعليمات التي تصدرها النقابة.

ز- إرتكاب خطأ فني جسيم نتيجة إهمال يسبب خسارة لذوي العلاقة.

ح- الإتيان بعمل يلحق ضررا بالاقتصاد الوطني.

ثانيا: على مجلس النقابة إحالة المخالف من منتسبيها لما جاء في البند أولا من هذه المادة، على لجنة الضبط".

بينما ذهبت المادة (46) من القانون بالنص "على لجنة الضبط إحالة القضايا التي تكون جريمة إلى المحاكم المختصة مع كافة ما له علاقة بالتحقيق الذي تولته، ولا يمنع من

صدور الحكم بالبراءة من أن تصدر اللجنة القرارات الانضباطية ضد المتهم، وفق القانون".

أما فيما يخص المقاولين فان المادة (34) من قانون اتحاد المقاولين العراقيين رقم 59 لسنة 1984، والمتعلقة بأحكام الانضباط المهني فقد نصت على أنه " لا يجوز لعضو الإتحاد القيام

بالأعمال الآتية: –

أ- مخالفة قانون الإتحاد أو نظامه الداخلي أو التعليمات الصادرة عن الاتحاد.

ب- عدم مراعاة السلوك المهني أو السلوك العام والإساءة إلى سمعة المهنة.

ج- استخدامه أيه وسيلة أو أسلوب بقصد الربح غير المشروع.

د- إرتكاب خطأ فني جسيم نتيجة إهمال يسبب خسارة لذوي العلاقة.

ه- القيام بأي عمل يلحق ضررا بالاقتصاد الوطني".

المبحث الرابع
المسؤولية التأديبية الإدارية

هذه المسؤولية يتعرض لها المهندس أو الفني أو العامل المختص في شؤون أعمال البناء والتشييد وغير ذلك من الجهات الإدارية المختصة، إذ يمكن للسلطات التأديبية المنصوص عليها في قوانين العاملين النظر في توقيع الجزاءات المقررة في نظمهم الوظيفية.

حجية الحكم الجنائي أمام جهة التأديب:

كقاعدة عامة يجوز الحكم الجنائي الباث الحجية أمام القضاء الإداري أو التأديبي، ولا يجوز للجهة التأديبية أن تعيد تكييف الوصف القانوني للفعل أو إدانته، وكذلك الحكم بالبراءة تلتزم السلطة التأديبية به ولا يجوز لها أن تعود وتنسب إليه الفعل نفسه لتزيد عليه العقاب.

إلا أن هناك بعض الاستثناءات على القاعدة العامة والتي لا يجوز الحكم الجنائي حجية لدى الجهات التأديبية منها[1].

1- إذا كان الفعل الذي قام به المهندس أو المقاول لا يعد جريمة وقضي له بالبراءة، ولكنه يعد مخالفة مهنية أو إدارية.
2- الحكم الجنائي الذي يقضي بالبراءة صدر بناءً على بطلان الإجراءات أو عدم كفاية الأدلة أو الشك في الاتهام.
3- الحكم الجنائي الصادر بالإدانة مع وقف التنفيذ.
4- صدور عفو شامل عن العقوبة أو الجريمة.

في الحالات السابقة يجوز للجهات التأديبية أن لا تتقيد في الحكم الجنائي ويمكنها بذلك مساءلة المهندس أو المقاول تأديبيا والغاية من ذلك إن الجريمة التأديبية تختلف في طبيعتها وأركانها عن الجريمة الجنائية، ومن ثم يجوز جمع المسؤوليتين الجنائية والتأديبية أو النقابية من دون أن يعد ذلك أزدواجاً، فالجهة الإدارية أو النقابية تستطيع محاسبة المهندس أو المقاول عما يكون قد انطوى عليه الفعل المنسوب إليه من مخالفات إدارية أو مهنية.

المسؤولية الجنائية بين النصوص القانونية الخاصة والأحكام العامة:

ويقصد من ذلك البحث عن كيفية تجريم ومعاقبة الأعمال التي يقوم بها المهندس أو المقاول في النصوص الخاصة بأعمال البناء والتشييد، وتلك المنظمة لمهنة المهندس والمقاول وأحكام قانون العقوبات.

قبل بحث موقف المشرع العراقي في هذه المسألة نتطرق بإيجاز بعض التشريعات المقارنة:

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 15 – 16.

تثور المسؤولية الجنائية إذا كان فعل المهندس أو المقاول يشكل جريمة عمدية وقد يكون خطأ الجاني نتيجة إهمال أو رعونة أو عدم أحتراز أو عدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة، هنا يجد المهندس أو المقاول نفسه معرضا للعقوبة الجنائية المنصوص عليها والمقررة للجرم المرتكب، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي(1)، فالإهمال وقلة الاحتراز والخطأ الذي ينتج عنه انهيار المباني والمنشآت يشكل جرما جزائيا يعاقب عليه القانون. وبالرجوع إلى المشرع المصري نجده انه خالف المشرع العراقي والسوداني في التجريم بحيث لم يكتفِ بنصوص قانون العقوبات بل نص على الجرائم وعقوباتها في قوانين البناء وآخرها قانون البناء رقم 119 لسنة 2008، إذ تضمن الباب الخامس منه العقوبات لمن اخل بأي من مهام وظيفته أو خالف الأحكام التي بينتها مواده،، وتتراوح العقوبات بين الحبس أو الغرامة أو كليهما على التفصيل الذي تضمنته مواد القانون 98 إلى 104، وهي عقوبات تدل على الطبيعة الجنائية للمسؤولية عن مخالفة مواد القانون. وتنص المادة (104) من قانون البناء على جريمة إقامة الأعمال بدون مراعاة الأصول الفنية المقررة قانونا(2). فضلاً عن الجزاءات

(1) المادة (416) من قانون العقوبات العراقي نصت على "كل من احدث بخطئه أذى او مرضا بان كان ذلك ناشئا عن اهمال او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر..." وهذا النص يقابله المادة (238) من قانون العقوبات المصري، والمادة (74)من القانون الجنائي السوداني.

(2) يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر وبغرامة لا تقل عن مثلي قيمة الاعمال المخالفة بحد ادنى خمسين الف جنيه ولا تجاوز ثلاثة امثال قيمه الاعمال المخالفة او بإحدى هاتين العقوبتين كل من اقام اعمالا دون مراعاة الاصول الفنية المقررة قانونا في تصميم اعمال البناء او تنفيذها او الاشراف على التنفيذ او في متابعته او عدم مطابقة التنفيذ للرسومات والبيانات او المستندات التي منح الترخيص على أساسها او الغش في استخدام مواد البناء او استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات المقررة، فاذا نتج عن ذلك سقوط البناء كليا او جزئيا او صيرورته ايلا للسقوط كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر وغرامة لا تقل عن مثلي قيمة الاعمال المخالفة

المنصوص عليها في المادة (104) من قانون البناء المصري المطبقة على المهندس أو المقاول أو صاحب العمل، كذلك نص المشرع المصري في قانون البناء على جرائم خاصة بالمهندس فقط في عدة مواد منها المادة (103)[1] من القانون نفسه.

ولا تزيد علة ثلاثة امثال قيمة الاعمال المخالفة، فإذا نشأ عن الفعل وفاة شخص او اكثر او اصابة اكثر من ثلاثة اشخاص بإصابة نشأت عنها عاهة مستديمة لكل منهم او اذا ارتبطت الجريمة بجريمة تزوير أو استعمال محرر مزور ارتباطا لا يقبل التجزئة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقبل عن سنة ولا تزيد على عشر سنوات وغرامة لا تقل عن مثلي قيمة الاعمال المخالفة ولا تزيد على ثلاثة امثال قيمة الاعمال المخالفة وذلك دون الاخلال باي عقوبة اشد ينص عليها قانون اخر.

ويحكم فضلا عن ذلك بشطب اسم المهندس المصمم او المشرف على التنفيذ او المقاول من سجلات نقابة المهندسين او سجلات اتحاد المقاولين بحسب الاحوال وذلك لمدة لا تزيد على سنتين، وفي حال الصور يكون الشطب لمدة لا تقل عن مثلي مدة العقوبة المقيدة للحرية المحكوم بها عليه. وفي جميع الاحوال يجب نشر الحكم في جريدتي يومتين واسعتي الانتشار على نفقة المحكوم عليه."

(1) نصت المادة (103) من قانون البناء المصري 119 اسنة 2008 على ما يأتي "يعاقب المهندس او الشخص المسؤول في المكتب الهندسي القائم باعمال الاعتماد على مخالفته لاحكام المواد (41، 43، 46، 62، فقرة اولى) من هذا القانون بالحبس وبغرامة لا تقل عن 5% من قيمة الاعمال المرخص بها ولا تزيد على 10% من قيمة هذه الاعمال وذلك بحد ادنى خمسين الف جنيه او باحدى هاتين العقوبتين، ويحكم بازالة المخالفات وتصحيح الاعمال المخالفة على نفقة المخالف، وتتعدد العقوبات بتعدد المخالفات.

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات ومثلي الغرامة المشار اليها في الفقرة الاولى، وفي حالة تكرار المخالفة تقضي المحكمة بشطب المهندس المخالف او المكتب الهندسي الذي ارتكبت المخالفة لصالحه او من احدى العاملين لديه من سجلات نقابة المهندسين" .

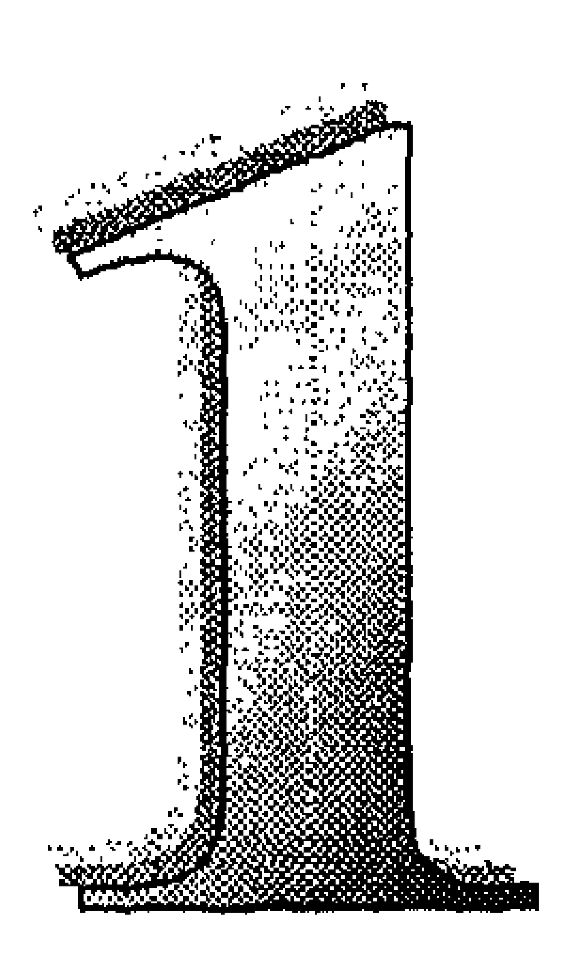
إذن نلاحظ مما تقدم إن المشرع المصري قد وضع نصوص قانونية صارمة لمعاقبة المهندس أو المقاول لعقوبات تصل إلى حد الأعمال الشاقة المؤبدة إذا ما ترتب عن أعماله وفاة أشخاص، وهذا كفيل بجعل المهندسين أو المقاولين يسعون جاهدين إلى التقيد بكافة الشروط والالتزامات الخاصة بالبناء المنصوص عليها في القوانين المعمول بها تفاديا لحدوث كوارث تهدم وانهيار المباني والمنشآت الثابتة الأخرى التي قد تؤدي بحياة العديد من الأشخاص أو خسائر مادية.

الفصل الأول

أساس المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية للدول قيد الدراسة

المبحث الأول: أساس المسؤولية الناشئة عن سقوط البناء في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: أساس المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القوانين الوضعية



الفصل الأول
أساس المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في الفقه الإسلامي وفي القوانين الوضعية للدول قيد الدراسة

المقصود بأساس المسؤولية:

يهمل الشراح عادةً تحديد المعنى الذي يقصدونه من اصطلاح "أساس المسؤولية" وقد أدى هذا الإهمال إلى خلاف كبير حول التكييف القانوني للمسؤولية، وهذا الخلاف ما كان ليحصل لو أن الشراح اهتموا بتحديد المقصود في اصطلاح "أساس المسؤولية" واتفقوا على معنى واحد له[1].

وقد رأى بعض الشراح أنه ما دامت المسؤولية المدنية هي الالتزام بتعويض الضرر، فإن المقصود بأساس المسؤولية هو مصدر الالتزام بالتعويض، أي أنهم ذهبوا إلى القول بان المقصود بأساس المسؤولية هو مصدر المسؤولية[2]. والصحيح أن الاصطلاحين مختلفان، فأساس المسؤولية لا يعني مصدر المسؤولية.

فمصدر المسؤولية يقصد به السبب الذي يجعلنا نلتزم بتعويض الضرر الحاصل للغير، ولمعرفة مصدر المسؤولية يلزم الإجابة عن السؤال التالي: لماذا نلتزم بتعويض الضرر الحاصل للغير، وما الذي يجبرنا على ذلك ؟

وللإجابة على ذلك نقول: إن الالتزام كما هو معروف، أما أن ينشأ عن الرضا وأما أن ينشأ عن الجبر، والأصل أن يكون الالتزام بالرضا، وهذا ما يسمى بالالتزام الإرادي ومصدر هذا الالتزام العقد أو الإرادة المنفردة.

---

(1) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957، ص 125.

(2) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص (3).

أما الالتزام الذي ينشأ عن الجبر فهو ذلك الالتزام الذي يفرض على الإنسان رغماً عنه، وهو يعرف بالالتزام غير الإرادي، وبما أنه لا أحد يملك أجبار الأفراد على الالتزام سوى المشرع، فيكون مصدر الالتزام غير الإرادي هو القانون، ومع ذلك فإن مصادر الإلتزام لا تخرج منطقياً عن الإرادة والقانون[1].

وبما أننا نتكلم عن مصدر المسؤولية في نطاق الفعل الضار، أو ما يسمى في بعض القوانين 'العمل غير المشروع' ولما كان الفرض أنه لا توجد في هذا النطاق التزام إرادي بين المسؤول والمضرور سواء كان على صورة عقد أو إرادة منفردة، للتعويض عن الضرر فلا يمكن إذن أن يكون مصدر هذه المسؤولية إلا بنص القانون[2].

إذن نحن نلتزم بتعويض الضرر الحاصل للغير لان القانون يلزمنا بذلك ويجبرنا عليه، فالقانون إذن هو مصدر المسؤولية.

ولكن ما هي الاعتبارات التي دعت المشرع إلى فرض الالتزام بالتعويض ؟ مما لاشك فيه إن المشرع عندما يفرض التزاماً بالتعويض، فإنه يستند في ذلك إلى اعتبارات عامه وسياسية واجتماعيه تهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع، فالقانون ينص على أنه إذا وقع ضرر فإن عبء تعويضه يقع على شخص ما، فما هي الاعتبارات التي دفعت المشرع إلى اختيار هذا الشخص من دون غيره لكي يتحمل عبء التعويض ؟ وما هو السبب الذي من أجله يسند المشرع الضرر إلى شخص معين بالذات ؟

الإجابة على هذا السؤال تتضمن بيان أساس المسؤولية فأساس المسؤولية أذن هو السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين[3].

وعلى ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين وعلى النحو الآتي:

(1) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص149.
(2) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، المرجع السابق، ص 211..
(3) د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص209..

المبحث الأول: أساس المسؤولية الناشئة عن سقوط البناء في الفقه الإسلامي.
المبحث الثاني: أساس المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القوانين الوضعية.

المبحث الأول
أساس المسؤولية الناشئة عن سقوط البناء في الفقه الإسلامي

لم تشرّع الحقوق للأضرار بالناس، وإنما شُرعت لمصالح تتحقق بها أو تؤدي إليها ولذا كانت لكل حق شرعيته ما دام غير مؤدٍ إلى ضرر، فإذا ترتب عليه ضرر بأحد من الناس، سلبت عن الحق شرعيته، وأصبح التمسك به والتصرف بمقتضاه اعتداء، وعلى هذا الأساس تقوم المسؤولية عن سقوط البناء عند من يقول بوجوب ضمان ما يتلف بسقوطه لوجود التعدي، فلا يحق لإنسان أن يقيم مبناً واهياً أيلاً للسقوط، إذا في سقوطه أضراراً بالمارة أو الجار، ولان ميلان البناء أو الحائط للسقوط، أو بنائه مائلاً مما يضعف متانة البناء وسلامته[1].

وقد ورد عن الفقهاء المسلمين أنه إذا بنى رجل في ملكه حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك غيره، فيتلف به شيئا أو سقط على شيء فأتلفه ضمنه لأنه يعد متعدياً بذلك، أو ليس له الحق في الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو في هواء مشترك[2]، وبذلك فإن أساس ضمان ما يتلف بسقوط البناء عند الفقهاء الذين يقولون بوجوب ضمان ما يتلف بسقوطه، هو التعدي (الخطأ)، وأعمالاً لقاعدة "البينة على من ادعى" يقع على المضرور إثبات هذا التعدي[3].

---

(1) د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط 1، مطبعة المعارف، بغداد، 1985، ص 44.
(2) الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامة، المغنى والشرح الكبير، ج 9، دار الفكر، بيروت، 1973.
(3) محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1962.

ويتحقق التعدي الموجب للضمان أو المسؤولية في حالتين، الأولى بإنشاء البناء مائلاً ابتداءً والثانية أن يميل البناء بعد فترة من بنائه مستقيماً وقد رتب الفقهاء المسلمون لكل حالة حكمها وعلى النحو التالي:

الحالة الأولى: أن يكون البناء مائلاً ابتداءً:

فمن بنى حائطاً مائلاً إلى الطريق أو إلى ملك الغير ابتداء، أي مائلاً وقت بنائه، فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يكون مسؤولاً عما يحدثه سقوط هذا الحائط من الضرر، وتفسير ذلك إن البناء كان فيه عيب منذ الابتداء ، وكان فيه تعد على حقوق الآخرين الذين لهم حق المرور بالقرب منه.

فليس لأحد أن ينتفع بالبناء في هواء ملك الغير، أو في هواء مشترك ولا أن يعرض بناءه للهدم في غير ملكه[1]، ولا يكلف المضرور في هذه الحالة بمطالبة المالك بالنقض أو الإصلاح على ذلك، لان البناء من بدايته يعد تعدياً[2] غير أنه يجب على المضرور أن يثبت أن البناء قد شيد مائلاً منذ الابتداء أو أنه قد شيد على غير أساس مثله أعمالاً لقاعدة البينة على من ادعى. ويجري هذا الحكم بوجه عام على جميع الأبنية المائلة أو الخارجة إلى الطريق كإشراع الجناح، أي الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه ونحوه[3].

الحالة الثانية: ميلان الحائط بعد بنائه مستقيماً.

في حالة بناء الحائط مستقيماً ثم حدث فيه ميلان بعد ذلك، فقد اختلف الفقهاء في حكمه، وذهبوا مذاهب ثلاثة:

---

(1) د. عبد المجيد الحكيم، شرح احكام القانون المدني العراقي، ط 1، مصادر الالتزام.

(2) د. محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنيه، دار النهضة العربيه، القاهرة، 1995، ص 133.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص 137.

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والحنفية بمقتضى الاستحسان، والزيديه والاباضيه، ومفاده أن الضمان لا يجب على المالك إلا إذا طالبه ذوو المصلحة بإصلاح البناء قبل سقوطه، ومضت مدة كافيه للهدم أو الإصلاح ولم يفعل فإنه يضمن ما تلف نتيجة السقوط، واستندوا في حجتهم لذلك، أن الحائط أو البناء عند ميلانه إلى الطريق أو إلى ملك الغير، فقد شغل هواء الطريق أو ملك الغير، فإذا طولب بإصلاحه ولم يفعل فقد تعدى نتيجة إبقائه البناء أو الحائط مائلاً، وذلك يؤدي إلى انقطاع الناس عن المرور حذراً من تهدم البناء وفي ذلك أضرار بالغير، فيتعين على المالك القيام بإصلاح البناء لدفع الضرر قبل وقوعه، فإن لم يفعل بالرغم من مطالبته القيام بإصلاح تهدم البناء، والحق ضرراً بالغير وجب عليه الضمان للتعدي[1].

ووفقاً لهذا المذهب، لا تقوم مسؤولية المالك إلا على أساس الخطأ أو التعدي الواجب الإثبات، وذلك أن المالك لا يضمن الضرر الذي أحدثه البناء، إلا إذا اثبت المضرور إن البناء كان في حاجة إلى الإصلاح، وإنه قام بإعذار المالك ومطالبته بهدم البناء أو إصلاحه.

المذهب الثاني: وهو مذهب الشافعية والظاهرية والحنفية بمقتضى القياس، ومفاده عدم الضمان مطلقاً سواء تم مطالبة مالك البناء بهدمه أم لم يطالب. وحجتهم هي أنه لم يوجد من صاحب الحائط أو البناء فعل هو متعد فيه، لأن أصل البناء في ملكه كان مستقيماً، والميلان الذي يطرأ على البناء حادث بغير فعله، فأشبه ما لو رفع من غير ميلان، بل ولا يلزمه هدمه وبناؤه مستقيماً ولا يجبر عليه سواء تمكن من ذلك أم لا، لان القاعدة عندهم "أن ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال" كما أن مالك الحائط قد يكون غائباً بأقصى المشرق والحائط بأقصى المغرب[2].

---

(1) د. محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

(2) د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، 1985.

المذهب الثالث: وهو مذهب بعض الحنابلة، ومفاده أن صاحب الحائط أو البناء يضمن ما يتلف بسقوط بنائه أو حائطه مطلقاً سواء طولب بهدمه أو أصلاحه أم لم يطالب.

وحجتهم أن الحائط أو البناء عندما يميل إلى الطريق وجب على صاحبه أن يزيله، فإذا لم يفعل ذلك صار متعدياً بتركه، فوجب ضمان ما تلف به كما لو بناه مائلاً ابتداءً، أي أنه يضمن وإن لم يطالب بالهدم، لأن الضمان أنما يجب بالتقصير في الهدم أو الإصلاح ولا يجب بالمطالبة، إذ لو كانت المطالبة هي التي توجب الضمان لأوجبته ولو لم يكن الحائط مائلاً [1].

من خلال استعراض حجج وأراء المذاهب الثلاث السابقة يظهر إن فقهاء الإسلام إنما يرجع اختلافهم إلى اختلاف وجهات نظرهم في تحقيق أو عدم تحقيق التعدي في جانب صاحب البناء. فشرط تضمين هذا الأخير بوصفه متسبباً، هو أن يكون متعدياً، فمن رأى منهم التعدي في جانب صاحب البناء ضمّنه، ومن لم يرى منهم ذلك لم يضمنه، ومنهم من ذهب إلى أن التعدي لا يتحقق إلا بتخلف صاحب البناء عن الهدم أو الإصلاح بعد الاعذار أو المطالبة، فأشترط للتضمين أن يسبق سقوط البناء مطالبة بالهدم مع الإنهاء على ذلك[2].

وأخيراً فقد ذهبت غالبية الفقه إلى أنه إذا كان مالك الحائط أو البناء طفلاً صغيراً أو شخصاً مجنوناً، وسقط الحائط أو البناء واتلف بسقوطه مالاً، وكان وليه أو وصية قد تمت مطالبته بضرورة هدمه، ولم يهدم فإن الضمان يكون في مال الصبي، لأن

(1) د. سليمان محمد أحمد، المصدر السابق، ص 101.

(2) محمد نصر الدين، اساس التعويض، رسالة الدكتوراه، جامعة القاهرة 1983، ص 233.

التلف بترك الهدم المستحق على الولي والوصي مضاف إلى الصبي لقيامهما مقام الصبي، والصبي مؤاخذ بأفعاله فيضمن[1].

وهناك رأي آخر، وهو الذي نؤيده، يقول بأن الضمان في هذه الحالة يكون في مال الولي أو الوصي لتعدية أو تقصيره في الهدم أو الإصلاح. فالتعدي أو التقصير منسوبان إلى الولي أو الوصي لا إلى الصغير غير المميز أو المجنون.

وعلى ذلك فسوق نقسم هذا المبحث وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: شروط المسؤولية عن سقوط البناء في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: الضمان أساس للمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول
شروط المسؤولية عن سقوط البناء في الفقه الإسلامي

بحث الفقهاء هذا الموضوع تحت عنوان "الحائط المائل" وقد طبقوا حكمه على كل بناء متصل بالأرض اتصال قرار، وقد ميزوا في هذا الصدد بين حالتين[2]:

الأولى: أن يكون الحائط قد بني مائلاً ثم أنهدم.

الثانية: أن يبنى الحائط مستقيماً ثم يميل وينهدم.

وقد حصر الفقهاء المسلمون المسؤولية عن سقوط الحائط بالملكية بخلاف ما عليه الحال، كما سنرى في قوانين الدول قيد الدراسة التي ألقت المسؤولية على عاتق مالك البناء أو المتولي عليه، والأخير هو من تكون له السيطرة الفعلية على البناء سواءً أكان مالكاً أم غير مالك، فالمسؤول عن سقوط البناء في الفقه الإسلامي هو صاحبه أي

(1) الإمام علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص 503.

(2) د. محمد حسين علي الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 113.

مالك البناء، سواء أكان صاحباً حقيقة أو حكماً، وصاحب البناء حقيقة أو حكماً هو كل من يقدر على التصرف في البناء وهدمه[1]. ويعد صاحباً حقيقة كل من الراهن والمؤجر لأن الراهن مقتدر على الهدم بفك الرهن، والمؤجر مقتدر على الهدم بفسخ الإجارة بالإعذار، كما يعد احد الشركاء في الملك المشترك صاحب حقيقة لأنه يستطيع أن يراجع القاضي ويطلب من الشريك الآخر هدم البناء، وأن يحصل على حكم بذلك. أما الواقف والقيم على الصغير وولي المجنون فهم أصحاب حكماً[2].

وعلى ذلك فإن كل من المرتهن والمستعير والمستأجر لا يضمن ما ينجم عن سقوط المباني من أضرار، لان أياً منهم لا يعد مالكاً للبناء، ولا يملك حق الهدم والإزالة[3].

وقد اشترط الفقهاء المسلمون لتحقيق المسؤولية عن سقوط الحائط المائل الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون هناك من يقدر على التصرف في أمور البناء أي أن يكون باستطاعته هدم البناء أو إصلاحه، كالمالك والراهن والمؤجر وناظر الوقف، وولي اليتيم والوصي على القاصر، والوارث[4].

فالمالك يكون له أستناداً إلى حق ملكيته، إستعمال البناء واستغلاله والتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات، فيكون قادراً على هدم البناء ومنع ضرره.

---

(1) د. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، الكتاب الثامن، دار الكتب العلمية، بيروت،1999، ص29.

(2) شريف احمد شريف حسين، المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا في الجامعة الاردنية، عمان، 1994، ص 48 وما يليها.

(3) الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 1971، ص117.

(4) محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيريه بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1962. 206.

والراهن يقدر على هدم البناء بفك الرهن واسترداد المرهون، إذ الرهن عقد لا يزيل الملك، فيكون الراهن مالكاً للعين المرهونة.

والمؤجر أيضاً يقدر على هدم البناء، وذلك بفسخ الاجارة واسترداد المأجور، وإذا كان البناء ملكاً مشتركاً لأكثر من شخص، فإن أحد الشركاء يمكنه أن يهدمه بطريقة اللجوء إلى القضاء والحصول على قرار بذلك[1].

ويعد ولي الصغير (أبوه أو جده) والوصي عليه في حكم المالك لان كلاً منهما يعد ممثلاً شرعياً للقاصر ويقوم مقامه في جميع الشؤون التي تقبل النيابة من عقود وأفعال ومخاصمات.

لذلك فإنهما يملكان هدم بناء الصغير بما لهما من ولاية عليه، فإن طُلب من أحدهم هدم البناء ولم يهدمه مع تمكنه من ذلك حتى سقط البناء فاتلف شيئاً بسقوطه، كان الضمان في مال الصبي لا في مالهما[2].

وإذا كان صاحب البناء لقيطاً، فمال بناؤه حتى سقط فاتلف شيئا كان الضمان على بيت المال لأنه متمكن من هدم حائطه[3].

أما مستأجر البناء أو مرتهنيها أو مستعيرها أو مستودعها، فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون حق الهدم وليس الحائط ملكاً لهم[4].

---

(1) محمد أمين الشهيد بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، الجزء السادس، الطبقة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة 1979، ص382.

(2) مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام – الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار الفكر، دمشق، 1968، ص190.

(3) الإمام علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص417.

(4) الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامة، المغنى الكبير والشرح الكبير، الجزء التاسع، دار الفكر العربي، دمشق، 1972، ص 229.

الشرط الثاني: حدوث ضرر للغير من سقوط الحائط المائل.

سقوط الحائط هو ما يعرف في القوانين الوضعية الحديثة بانهيار البناء، ويستوي أن يكون السقوط كلياً، كسقوط الحائط كله، أو يكون جزئياً، ويجب أن يؤدي سقوط الحائط أو البناء إلى ضرر،لان الضرر ركن من أركان الضمان الذي يؤدي إلى المسؤولية، فلا ضمان ولا تعويض إذا انتفى الضرر[1]. ويجب أن يكون الحائط الذي يؤدي سقوطه إلى إلحاق الضرر بالغير، حائطاً مائلاً، سواء أكان مائلاً ابتداءً أي منذ بنائه،أم كان مستقيماً ثم مال بمرور الزمن، فلو سقط الحائط من غير ميل، فلا ضمان على صاحبه حتى ولو أتلف شيئاً بسقوطه، وذلك لانعدام التعدي[2].

إلا أن القوانين الوضعية في العراق ومصر والسودان تشترط أن يكون مصدر التهدم هو عيب في البناء أو قدمه أو إهمال في صيانته، فإذا كان الحائط مائلاً منذ إنشائه، فإن هذا الميل يعد عيباً في البناء، ومن ثم فإذا سقط الحائط المائل منذ إنشائه كان السقوط راجعاً إلى عيب في البناء. أما إذا بني الحائط مستقيماً ثم مال بمرور الزمان، وطولب صاحبه بإصلاحه وترميمه لكي يمنع سقوطه، فلم يقم بذلك مع تمكنه في الإصلاح، كان صاحب الحائط مقصراً في صيانة حائطه، فإذا سقط الحائط وهو على هذه الصورة كان السقوط راجعاً إلى تقصير صاحب الحائط في صيانة حائطه أو المحافظة عليه. وإذا لم يحدث للحائط ميلان ولكن حدثت فيه شقوق، فقد ميز الفقهاء بين نوعين من الشقوق، فإذا كانت الشقوق طويلة، فلا يجب هدم الحائط لعدم الخشية من سقوطه، فيكون حكمه

---

(1) د. معوض عبد التواب، مدونه القانون المدني، الجزء الأول، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص83.

(2) الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامه، المغنى والشرح الكبير، الجزء التاسع، دار الفكر، دمشق، 1972، ص 39.

حكم الحائط الصحيح، أما إذا كانت الشقوق يخشى منها السقوط مثل أن تكون الشقوق بالعرض، فحكمه حكم الحائط المائل لأنه يخشى منه التلف[1].

الشرط الثالث: مطالبة صاحب الحائط المائل بهدمه:

لقد أجمع الفقهاء المسلمين على أنه إذا كان الحائط مائلاً منذ إنشائه فقط فأتلف شيئاً كان صاحبه ضامن لما اتلف بسقوطه، ولو لم يطالب بهدمه، لأنه متعدٍ ابتداءً فيكفي لقيام مسؤولية صاحب الحائط أن تتوافر الشرطان المتقدمان.

أما إذا كان الحائط قد بني مستقيماً ثم مال بعد فترة من الزمن فسقط على شيء فأتلفه، فقد أشترط جمهور الفقهاء لتضمين صاحب الحائط أن يكون قد تم مطالبته بهدم حائطه، والإشهاد على ذلك.

ويقال للمطالبة في اصطلاح الفقهاء: التقدم، وهو التنبيه والتوصية برفع الضرر الملحوظ وإزالته قبل وقوعه، وحتى يصح التقدم فيجب أن يكون بلفظ يفيد طلب الإصلاح أو الهدم، وذلك بأن يقول المتقدم لصاحب الحائط أو البناء إن حائطك أو بناؤك مائل ويخشى من سقوطه، فاهدمه حتى لا يسقط ويحدث أضرار قد تكون بشرية أو مادية، أما لو قيل لصاحب الحائط أو البناء، أن حائطك مائل فينبغي لك أن تهدمه، فهذا ليس بطلب ولا إشهاد وإنما هو مشورة، فلا يصح التقدم[2].

(1) صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين.

(2) الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى في بولاق، مصر 1305 هجريه، ص311.

والغاية في التقدم إلى صاحب الحائط هي إعلامه بحالة حائطه أو بناؤه، وسد باب الضمان، وإنما ذكر الإشهاد في باب الاحتياط، حتى أذا أنكر صاحب الحائط التقدم إليه في ذلك، أمكن إثباته بالبينة[1].

ويشترط لصحة التقدم الشروط الآتية:-

أولا:أن يكون التقدم من صاحب الحق فيه:

فإن كان الحائط مائلاً إلى الطريق العام،فإنه يحق لكل واحد من عامة الناس أن يطالب صاحبه بهدمه، ويستوي أن يكون المتقدم مسلماً أم غير مسلم،رجلاً أو امرأة، حراً أو عبداً،لان الناس كلهم شركاء في المرور في الطريق،أما إذا كان الحائط مائلاً إلى دار الجار فحق التقدم يكون لمالك الدار أو ساكنها حتى لو كان مستأجراً، لان الضرر يعود عليهم فيكون لهم حق التقدم إلى صاحب الحائط أو البناء،ولا يصح التقدم من غيرهم، وإذا كان الحائط مائلاً إلى طريق خاص غير نافذ فحق المطالبة والتقدم يكون امن له حق المرور في تلك الطريق[2]. وإذا كان حق التقدم بالمطالبة محصوراً بشخص معين أو بأشخاص معينين لكون الحائط مائلاً إلى ملكهم أو إلى الطريق الخاص بهم،فإن لهؤلاء مطالبة المالك بالهدم أو إعطائه مهله أو يسقطوا حقهم في ذلك، ولكن هذا الإمهال أو الإسقاط لا يجوز أذا كان الحائط مائلاً إلى الطريق العام، لان حق المرور فيه للجميع فلا يملك أحدهم بما في ذلك الحاكم إسقاطه[3].

---

(1) الإمام شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السابع والعشرين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ص103.

(2) د.سليمان محمد احمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي،الطبعة الأول،1985، ص332.

(3) صبحي محمصاني،النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية،الجزء الأول،الطبعة الثانية،دار العلم للملايين، بيروت،1972، ص701.

ثانياً: أن يكون التقدم بالمطالبة إلى من له ولاية هدم البناء:

فتصح مطالبة المالك،كما تصح مطالبة الراهن،لان له ولاية الهدم لقيام الملك،وتصبح مطالبة الأب والوصي بهدم حائط الصغير لثبوت ولاية الهدم لهما،كما تصبح مطالبة احد الشركاء أذا كان الحائط المائل مشتركاً، لتمكنه من الهدم عن طريق رفع الأمر إلى القاضي، في حين لا تصح مطالبة المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن،لأنه ليس لهم ولاية الهدم[1].

ثالثا: استمرار ولاية الهدام من وقت المطالبة والإشهاد إلى وقت السقوط. فلو خرج الحائط عن ملك صاحبه بعد التقدم إليه،سواء بالبيع أو غيره بريء من الضمان،ولا ضمان على المشتري، إلا إذا تمت مطالبته بهدم الحائط بعد شرائه[2].

رابعاً: أن يحصل التقدم بالمطالبة والإشهاد بعد ميل الحائط وقبل سقوطه.

فيجب أولاً أن يحصل التقدم بعد ميل الحائط، أما قبل الميل فلا يصح التقدم والإشهاد لانعدام التعدي، كما يجب أن يكون التقدم قبل سقوط الحائط لانعدام الفائدة بعده، ويجب أن تمضي مدة بعد الإشهاد كي يتمكن صاحب الحائط أو البناء من هدمه، فإذا أشهد عليه، فسقط الحائط من تلك اللحظة، قبل التمكن من هدمه فلا يضمن ما تلف به[3].

وإذا كان الحائط بعضه صحيح وبعضه مائل، فأشهد عليه، فسقط كله فقتل أنساناً أو اتلف حيواناً، كان صاحب الحائط أو البناء ضامناً، إلا إذا كان الحائط طويلاً

---

(1) الشيخ نظام ومجموعة من العلماء الهنود، الفتاوي الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، المجلد السادس، دار إحياء التراث العربين، بيروت، 1969، ص 79.

(2) المرجع السابق ص113 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت، 1969،ص480.

فيضمن ما أصاب الجزء المائل منه فقط، لأنه حينئذٍ يعد كحائطين فصح الإشهاد في المائل من دون الصحيح[1].

وإذا كان هناك حائطان، احدهما صحيح والآخر مائل، فأشهد على المائل، فسقط الصحيح، فاتلف شيئاً كان هدراً[2].

وإذا مال حائط يعود لشخص بعضه على الطريق وبعضه على دار الجار، وتقدم إليه أهل الدار، فسقط الجزء المائل منه على الطريق، فهو ضامن له، وكذلك لو تقدم أهل الطريق إليه، فسقط المائل إلى الدار على أهلها فهو ضامن، لأن الحائط واحد، ويشمل التعبير البناء أو الحائط المائل، المتصدع والآيل للسقوط، وينطبق حكم الحائط المائل على الدور المكونة من طبقات (العمارات)، وأن إحدى الطبقات العليا قد تتصدع، ويتقدم أهل الطبقات السفلى إلى أهل الطبقات العليا، وجب فيه ما يجب في الحائط المائل[3].

فإذا كان بناء لشخص في العلو ولآخر في الأسفل. وكان بناؤهما مائلاً، وتم مطالبتها بالهدم فلم يقوموا بالهدم حتى سقط البناء الأسفل فوقع بالعلو على إنسان فقتله فمسؤوليته تقع على عاتق صاحب البناء الأسفل، وضمان من عثر بهدم البناء السفلي عليه أيضاً، أما لو سقط البناء العلو وقتل إنسانا كان الضمان على صاحب العلو، لأن العلو غير مرفوع بل سقط بنفسه، وكذلك الحائط أعلاه لرجل وأسفله لآخر فمال فتقدم

(1) محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج 6،، دار الفكر العربي، بيروت، 1979، ص2.

(2) محمد أمين الشهير بابن عابدين، المصدر السابق.ص2.

(3) د. سليمان محمد احمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق،ص 632.

إلى أحدهما، ضمن المتقدم إليه نصف التعويض إذا سقط كله، وإن سقط أعلاه وقد تقدم إليه ضمن صاحب العلو من دون صاحب السفلى[1].

وإذا مال حائط وتم مطالبة صاحبه بهدمه فلم يقم بالهدم حتى سقط إلى الطريق فعثر بأنقاضه حيوان فعطب، فليزم صاحبه الضمان عند محمد بن الحسن، إما عند أبي يوسف فلا ضمان إلا إذا تم مطالبته برفع الأنقاض بعد سقوطه، ووجه قول محمد انه لما طولب بهدم الحائط، فلم يهدمه حتى سقط متعدياً بترك أنقاض البناء، فحصل التلف بسبب هو متعد فيه، لذا يلزمه الضمان، ووجه قول أبي يوسف أن الحائط قد زال عن الموضع الذي تمت مطالبته فيه فلا بد من مطالبة أخرى[2].

وإذا كان الحائط مشتركاً بين عدة مالكين، وتم مطالبة أحدهم الهدم، فالقياس عند الحنفية وأحد الوجهين عند الحنابلة أنه لا ضمان على أحد منهم، لان أحد الشركاء لا يتمكن من الهدم، وإن باقي الشركاء لم يطالبوا بعملية الهدم، وفي الاستحسان عند الحنفية والوجه الآخر عند الحنابلة فإن الشريك الذي يُطالب بالهدم يضمن بقدر حصته ما أحدثه الحائط من ضرر لتمكنه من إصلاح نصيبه بطريق المرافعة إلى القاضي.أما الصاحبان أبو يوسف ومحمد بن الحسن فقالا أن على الشريك الذي تم مطالبته بالهدم ضمان نصف الضرر. [3]

(1) الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، المجلد السادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1971، ص 89.

(2) الإمام علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص632.

(3) مسعد صالح، المسؤولية عن الضرر في الفقه الإسلامي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، بيروت، 1974.

المطلب الثاني
الضمان كأساس للمسؤولية التقصيرية في الفقه الإسلامي

سوف نبحث في هذا المطلب موقف الشريعة الإسلامية في الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية.وقد رأينا فيما تقدم أن الفقهاء المسلمين قد تعرضوا لموضوعات المسؤولية المدنية تحت عنوان الضمان، وإنهم قد أستندوا في تقدير الضمان إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار" وعبارة لا ضرر جاءت عامة من الأموال والحقوق والأشخاص إذ لا يجوز للغير الإضرار بالمال للغير أو في حقوقه ومصالحه المشروعة وإلا أن فعل ذلك فقد التزم بإزالة الضرر عيناً أو بطريق التعويض، ورأينا أن الفقهاء قد اشتقوا من هذا الحديث قواعد فرعية ومن هذا القواعد الضرر يزال، والضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، والضرر يدفع بقدر الإمكان، وهكذا فقد قررت الشريعة الإسلامية مبدأ الضمان للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم.

وقد فرقت الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بوجوب ضمان الضرر بين ما إذا كان هذا الضرر قد وقع بطريق المباشرة أم بطريق التسبب، وقد رتبت على هذه التفرقة حكماً على قدر من الأهمية، مفاده أنه في حالة حدوث الضرر عن طريق المباشرة، فإن مباشرة هذا الضرر يضمنه وإن لم يتعمد أو يتعد، أما في حالة حدوث عن طريق التسبب، فإن المتسبب في هذا الضرر لا يضمن إلا إذا كان متعدياً أو متعمداً[1].

وسوف نبحث هذا المطلب في فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الإضرار بالمباشرة.

الفرع الثاني: والإضرار بالتسبب.

---

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 187.

الفرع الأول
الإضرار بالمباشرة

يقصد فقهاء الشريعة الإسلامية بالمباشرة، طريقة محددة لإحداث الضرر أو الإتلاف، هذه الطريقة تترتب منها النتيجة الضارة على الفعل مباشرة، أي بدون تدخل فعل آخر[1].

وعرفها الشافعية بأنها "ما يؤثر في الهلال ويحصله "[2]. وعرف الكاساني، وهو حنفي – "المباشرة بأنها إيصال الالة بحل التلف "[3].

فالمباشرة إذن هو من يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل آخر، فمن يرمي طيراً بسهم فيصب رجلاً، كان مباشراً لهذا الضرر، ومن أمثلة الأضرار التي تقع بالمباشرة، الإحراق، والهدم، والكسر، والقطع، وغير ذلك[4]. ويستوي أن يكون المباشر قد باشر الفعل بنفسه أو بوساطة شيء تحت يده ويغض النظر عما إذا كان هذا الشيء حياً أو غير حي، ولكن بشرط أن لا يكون الفعل الذي صدر من الشيء، ذاتياً أو تلقائياً، مثال ذلك أن يقوم رجل بإطلاق رصاصة من مسدس على رجل فيقتله أو على حيوان فيتلفه، فإن الفاعل يكون هنا مباشرة[5]. وقد اختلف الفقه فيما إذا كان يتوجب لتحقيق المباشرة أن يتخذ الفعل الضار صورة إيجابية، أم أنه يمكن أن تتحقق المباشرة بالترك أو بالامتناع عن القيام بعمل، فالحنفية يشترطون لتضمين

---

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصدر السابق، ص 211.

(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصدر السابق، ص 300.

(3) د. سليمان محمد احمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط1، 1985، ص 339.

(4) د. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1982، ص 113.

(5) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 77.

المباشر أن يصدر منه فعل إيجابي على أساس أن مناط التضمين هو الإتلاف، والإتلاف لا يتحقق إلا بإحداث ما يترتب عليه التلف، وهو لديهم الفعل الايجابي، وعليه فلا يمكن أن تتحقق المباشرة إلا بفعل ايجابي[1].

أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن المباشرة، كما تتحقق بالفعل الإيجابي فإنها تتحقق أيضاً بالترك أو الامتناع، فالأم التي تمنع عن طفلها الطعام حتى يهلك تكون مباشرة للفعل الضار، وتلتزم بالضمان[2]. وهذا الحكم الأخير، لا يتفق وأحكام المباشرة، لان المباشرة تفترض فعلاً إيجابياً من المباشر، فإذا لم يكن الفعل إيجابياً كان الفعل متسبباً، لان الممتنع يمكن أن يترتب على امتناعه ضرر، ولكن ليس بوصفه مباشراً، بل بوصفه متسبباً، لان المباشرة هي مباشرة الشيء وهذه لا تكون إلا بفعل إيجابي[3].

صدور فعل من المباشر، وأن يؤدي هذا الفعل إلى إحداث الضرر، وإن لا يتدخل أمر بين الفعل والضرر، أي أن لا تنقطع علاقة السببية بين الفعل والضرر [4].

وقد رأينا أن الفعل في المباشرة يجب أن يكون إيجابياً، إذ لا تتحقق المباشرة بالترك أو الامتناع. فإذا صدر عن المباشر فعل إيجابي، وترتب على الفعل حدوث ضرر للغير، ولم يتدخل بين الفعل والضرر فعل آخر، فإن مسؤولية المباشر تتحقق وان لم يكن متعدياً أو متعهداً إحداث الضرر[5]. فمسؤولية المباشر في الفقه الإسلامي، تقوم على فكرة موضوعية، إذ يسأل المباشر بمجرد حدوث الضرر نتيجة لفعله، وبدون النظر إلى

---

(1) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 109.

(2) المصدر السابق، ص 112.

(3) د. محمد يوسف الزعبي، المصدر السابق، ص 168.

(4) بدر جاسم اليعقوب، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، الطبعة الأولى، 19، 1980، ص 19.

(5) شريف أحمد شريف حسيني، المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 89 وما يليها.

حالته النفسية ومن غير اعتداد بطبيعة سلوكه، وهل ينطوي على تعد أو إهمال أو تقصير أم لا[1] فهي إذن مسؤولية موضوعية تقوم على الضرر وليس على الخطأ. لذلك ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم إلى تضمين المباشر سواء كان صغيراً أو كبيراً أو عاقلاً أو مجنوناً، فلو أتلف صبي مال إنسان، ضمنه في ماله، ولو كان غير مميز ولو أن طفلاً يوم ولد أنقلب على مال إنسان فأتلفه ضمن ما أتلف[2]. ويرجع السبب في عدم اشتراط التعدي أو التعمد لقيام مسؤولية المباشر إلى أن المباشرة هي علة مستقلة، وسبب للأضرار بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي[3].

أولا: التعدي:

التعدي في اللغة يعني التجاوز، فيقال تعدى الحق أي جاوزه[4]. أما في اصطلاح الفقهاء، فالمعنى الشائع هو الظلم والعدوان ومجاوزة الحقوق[5]وقد عرف الشيخ مصطفى الزرقاء التعدي بأنه "المجاوزة الفعلية على حق الغير أو ملكه المعصوم"[6]. وعرفه د. محمد مصطفى فيض الله بأنه "مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عاده"[7] فإذا حفر شخص حفرة في الطريق العام، بدون إذن الحاكم، فسقط فيها حيوان يملكه شخص آخر، كان الحافر متسبباً في الإتلاف ضامناً الضرر، لأنه كان متعدياً

(1) بدر جاسم اليعقوب، المصدر السابق، ص 115.

(2) د. عبد الباسط جميعي وآخرون، الوسط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الثاني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1979.ص388

(3) د. عبد الباسط جميعي وآخرون المرجع السابق. 412.

(4) صبحي محمصاني، المرجع السابق، ص 101 .

(5) د. إبراهيم الدسوقي ابو ليل، المرجع السابق، ص 313.

(6) مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص 129.

(7) د. محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص 312.

في فعله الذي حصل الضرر بسببه، أما إذا حفر أحد حفرة في ملكه فسقط فيها حيوان فتلف، لم يضمن الحافر لأنه لم يكن متعدياً بالحفر، فهو حفر في ملكه، لذا لا يضمن[1].

لذلك لو مال حائط شخص، فتركه ولم يقم بإصلاحه، حتى سقط، فأحدث سقوطه ضرراً للغير، كان صاحب الحائط ضامناً لأنه قد تعدى بتركه الحائط مائلاً، وتراخى عن القيام بإصلاحه، أما إذا سقط الحائط من غير ميل، فلا ضمان لعدم التعدي.

فالتعدي في الفقه الإسلامي هو مجرد ارتكاب الفعل الضار بدون حق، بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب، وبغض النظر عن وقوع إهمال منه أو عدم وقوع شيء من ذلك[2].

غير أن فكرة التعدي ما لبثت أن تطورت في الفقه الإسلامي، فلم يقتصر على الخروج عن حدود الحق، بل شملت عدم التبصر والإهمال، والإساءة في استعمال الحق، فقيدت السلطة التي يخولها الحق صاحبه بواجبات تفرض عليه عند استعمال هذه السلطة، التبصر والحرص لعدم المساس بحقوق الغير، فكانت هذه الواجبات مدعاة للبحث عن قدرة الفاعل على التمييز والحرص والتبصر، وهي عوامل نفسية تقتضي تقدير التعدي تقديراً شخصياً بعد أن كان تقديره في الأصل تقديراً موضوعياً، يقاس بمجرد الخروج على حدود الحق، وبذلك اقتربت فكرة التعدي التي أخذت بها الشريعة الإسلامية في فكرة الخطأ التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسؤولية[3]. بل أن بعض الفقهاء المسلمين قد عبروا عن التعدي بالخطأ، ومن ذلك مثلاً قول ابن رشد، " وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط، فالأشهر أن الأحوال تضمن عمداً أو

(1) د. سليمان محمد أحمد، المرجع السابق، ص 301.

(2) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، الطبعة الثانية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، 632.

(3) شريف احمد شريف حسين، المرجع السابق، ص 91.

خطأ[1]. وفي هذا الصدد يقول د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل:"أن مجرد التعدي الذي يترتب عليه الضرر، ولا يكفي لقيام مسؤولية المتسبب، وإنما يتعين أن يكون التعدي قد حدث أما عمداً وأما إهمالا في المتسبب، ويضيف د. أبو الليل: أن القصد أو العمد لا يكون متطلباً فضلاً عن التعدي في حالة التسبب، إلا إذا وقف فعل المتسبب عند حد التعدي، أما إذا صاحب التعدي، إهمال أو عدم التحرز، أي الخطأ في مفهومنا الحالي، فإن ذلك يكفي بذاته للضمان[2].

ويقول د. بدر جاسم اليعقوب: أنه حتى يمكن أن تقوم مسؤولية المتسبب، فلا بد من أن يتوافر لديه الإدراك والتمييز، ويضيف: إننا لا نستطيع أن ننسب التعدي إلى الصغير أو المجنون، لأنه لا يدرك ما إذا كان الفعل الذي يقوم به، له حق فيه أم ليس له هذا الحق[3].

ويقول الدكتور محمد وحيد الدين سوار: إن التعدي هو الذي يضفي على الفعل، الركن المادي في الخطأ، طابع اللامشروعية، ويراد بالتعدي في معناه العام، انحراف المدعي عليه في سلوكه عن المسلك الذي كان يتعين عليه أن يسلكه[4].

ولعله من الضروري فعلاً أن يتوافر لدى المتسبب الإدراك والتمييز، وبعبارة أخرى يجب أن يكون التعدي الذي ترتب عليه الضرر مصحوباً بعنصر نفسي، كالإهمال أو التقصير أو عدم التحرز، وبغير ذلك فإننا نساوي بين المباشر والمتسبب، فإذا قلنا أن المباشر يضمن وان لم يتعد، وإن المتسبب يضمن بمجرد التعدي، وان التعدي هو عبارة عن العنصر المادي فقط من الخطأ، فمعنى هذا أننا في الحالتين، أي في المباشر والمتسبب

(1) د. محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص 189.
(2) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 116.
(3) د. بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص 209.
(4) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام الجزء الأول – مصادر الالتزام – المصادر غير الارادية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1975، ص511.

سوف لن نأخذ بعين الاعتبار، الناحية النفسية للفاعل، أو العلاقة النفسية بين الفاعل وبين الضرر الحاصل، ومعنى هذا إننا نساوي بين المباشر والمتسبب، وبذلك تصبح التفرقة بين المباشر والمتسبب قليلة الأهمية، وهذا إذا لم تفقد كل أهمية لها.

وعلى ذلك فإن التعدي في الفقه الإسلامي كالخطأ في القانون الوضعي يتكون من عنصرين أحدهما مادي يتمثل في الإخلال، أي الفعل أو الامتناع الذي ترتب عليه الضرر، والثاني معنوي يتمثل في قصد الإضرار بالغير، أو توقع الضرر والمعنى في الفعل أو الامتناع المحدث له بالرغم من ذلك[1].

الفرع الثاني
الإضرار بالتسبب

عرف الشافعية التسبب بأنه "ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله"، وعرفه المالكية بأنه "ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى" إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة، وقد عرف الشيخ مصطفى الزرقاء المتسبب في حادثة بأنه "الذي يفعل ما يؤدي إليها ولا يباشرها مباشرة"[2]. فالتسبب يتحقق عندما يحدث الضرر، ليس بفعل الشخص مباشرة، وإنما يقتضي وجوده، والذي غير التسبب عن المباشرة، إنه وأن كان يوجد وضعاً يترتب عليه وجوده وجود الضرر، إلا أن فعل المتسبب لا يستقل بإحداث النتيجة وإنما تشترك معه عوامل أخرى[3].

ومن أمثله ذلك: أن يقوم شخص بحفر بئر في الطريق العام،فيقوم شخص آخر بإلقاء حيوان في تلك البئر،فالمتسبب هنا هو حافر البئر،وفعل المتسبب هو حفر البئر لم

---

(1) د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط 1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص 211.

(2) مصطفى احمد الزرقاء،المدخل الفقهي العام –الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،المجلد الثاني، الطبعة العاشر، دار الفكر، دمشق، 1968، ص237.

(3) د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل،المصدر السابق،ص 193.

ينفرد وحده في إحداث الضرر،وإنما هو أحدث أو أوجد ما في شأنه أن يؤدي إلى أحداث الضر،وهو الإلقاء، إذ ليس بالضرورة أن يترتب على حفر البئر أن يقوم شخص غير الحافر بإلقاء حيوان أو مال في هذه البئر،إلا أن فعل الإلقاء هذا ما كان ليحدث لولا حفر البئر،فالنتيجة الحاصلة المتمثلة في تلف الحيوان، تضاف مباشرة إلى الإلقاء، والإلقاء يضاف إلى الحفر، أما العلاقة بين الحفر والنتيجة أي الضرر فهي علاقة غير مباشرة[1].

ولما كانت العلاقة بين فعل التسبب والضرر، علاقة ضعيفة وغير مباشرة. فإن الفقهاء المسلمين لم يكتفوا بمجرد وقوع الضرر مسؤولية المتسبب فقالوا بضرورة-أن يتصف فعل التسبب بصفة تجعله قوي الصلة بالنتيجة، فاشترط بعضهم أن يكون المتسبب متعدياً فقالوا إن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً،في حين أشترط البعض الآخر أن يكون المتسبب متعمداً، فعندهم لا يضمن المتسبب إلا إذا كان متعمداً أحداث الضرر.

وهكذا اختلف الفقهاء المسلمون في الصفة التي يتوقف عليها ضمان المتسبب فبينما يتوقف الضمان عند بعض الفقهاء على صيغة التعمد، فإن البعض الآخر يكتفي بتوافر التعدي لتضمين المتسبب، لهذا سوف نبين فيما يأتي المقصود بكل من التعدي والتعمد لنتوصل بعد ذلك إلى معرفة ما إذا كان التسبب ليتطلب التعدي أم التعمد.

ووفقاً لما ذهب إليه غالبية الفقهاء المسلمين، فإن غير المميز يضمن في حالة المباشرة من دون التسبب بأذى الآخرين، لان المباشرة ميسورة له، أما التعدي الموجب للضمان في التسبب فغير متصور منه[2].

---

(1) محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق،ص411.

(2) د. عبد الباسط جميعي وآخرون، المرجع السابق، ص 233 .

والتعدي قد يكون عمدياً وقد يكون غير عمدي، فيكون التعدي عمدياً عندما تتجه الإرادة إلى إحداث الفعل الضار، أي عندما يقصد الشخص إلحاق الضرر بالآخرين.

ويكون التعدي غير عمدي عندما يحدث الضرر نتيجة إهمال أمر كان يجب القيام به، وبعبارة أخرى يكون التعدي غير عمدي إذا لم تتجه الإرادة إلى الإضرار بالغير، مثال على ذلك أن يفتح شخص باب قفص فيه طير، فيطير رغماً عنه[1].

كذلك قد يكون التعدي إيجابيا وقد يكون سلبياً، فالتعدي الإيجابي هو الذي يقع بفعل إيجابي، كأن يقوم شخص بإحراق مال غيره أو هدم حائط جاره،أما التعدي السلبي فهو الذي يقع نتيجة الامتناع عن القيام بعمل كان يجب القيام به، فيؤدي هذا الإمتناع إلى ضرر يصيب الغير، مثال ذلك أن يمتنع مالك البناء عن صيانة وترميم بنائه، فينهار البناء ملحقاً ضرراً بالغير[2].

أخيراً فإن التعدي بجميع أنواعه، يقاس بمعيار موضوعي مجرد، أي أننا لا نعتد بالظروف الشخصية للمعتدي، وإنما تعد بسلوك شخص مجرد، وهذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة[3].

---

(1) محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص 116.

(2) جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع، منشورات جامعة صلاح الدين، العراق، 1996،ص211.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

ثانياً: التعمد

ذهب جانب من الفقهاء المسلمين إلى اشتراط التعمد لقيام مسؤولية التسبب، ويذهب الفقه الحديث وبحق إلى أن الصياغة الصحيحة لقاعدة التسبب هي تلك التي أوردها البغدادي في مجمع الضمانات، والتي تقيد ضمان المتسبب بالتعدي وليس بالتعمد[1] فقد جاء في مجمع الضمانات: "أن المباشر ضامن وان لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً"[2].

وسوف نبين فيما يلي المقصود بالتعمد، ثم نبين موقفنا في هذا الشرط:

التعمد: هو صدور الفعل عن قصد وارده، أي اتجاه إرادة الشخص نحو الفعل ونتائجه، فالتعمد في مجال الضمان يتمثل في إتيان الفعل بقصد الإضرار بالغير[3].

وعلى ضوء هذا التعريف فإننا نرى أن التعمد ليس شرطاً لازماً لتحقق مسؤولية المتسبب وذلك للسببين الآتيين:

1- أن الشريعة الإسلامية لا تشترط التعمد إلا في الجناية على النفس، أما في حالات الإتلاف المالي، فقد سادت بين العمد والخطأ، فإذا أتلف الصغير أو المجنون مالاً، وجب أن يعوض المضرور من ماله، وكذلك إذا أنقلب نائم على مال فأتلفه لزم الضمان في ماله، وقد علل فقهاء الإسلام ذلك بقولهم بان الإلزام في تضمين الضرر هو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف[4].

(1) صبيح مسكوني، القانون الروماني، الطبعة الأولى، مطبعة شفيق، بغداد، 1968،ص321.

(2) أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام ابي حنيفة، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية، القاهرة، 1308 هـ913.

(3) د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل، المصدر السابق، ص 109.

(4) محمد نصر الدين، اساس التعويض رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 1983.

2- إن التعدي، كما رأينا نوعان، تعد عمدي وتعدي غير عمدي، فالعمد هو جزء من التعدي، والتعدي اشمل واعم من التعمد، ويكون سبباً للضمان سواء تعمد أم لا، فاشتراط التعدي وهو الأعم والأشمل يغني عن اشتراط التعمد الأقل شمولية[1].

لذا فالأصح أن يقال: إن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، ونعني بالتعدي هنا التعدي المصحوب بإهمال أو تقصير المتسبب وهو يقابل الخطأ في القوانين الوضعية الحديثة.

وفي ضوء كل ما تقدم نستطيع القول: إن الفقه الإسلامي قد فرق بين نوعين من الضمان، وأقام كل منهما على أساس مختلف، أما النوع الأول فهو الضمان الذي يترتب على الأضرار التي تحدث بطريق المباشرة، وهذا الضمان يقوم على مجرد وقوع الضرر وليس على الخطأ، أما النوع الثاني فهو الضمان الذي يترتب على الأضرار التي تحدث بطريق التسبب، وهذا الضمان يقوم على التعدي المصحوب بالإهمال أو التقصير، أي يقوم على الخطأ بمعناه المعروف في القوانين الوضعية الحديثة التي أقامت المسؤولية على أساس الخطأ.

وقد استمد القانون المدني العراقي أحكام العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية) من الفقه الإسلامي فأخذ بالتفرقة بين المباشرة والمتسبب، وكذلك فعل المشرع السوداني ورتب هذه التفرقة على أن المباشر يضمن دون أي شرط، وأن المتسبب لا يضمن إلا إذا تعدى أو تعمد إحداث الضرر، فقد نصت المادة 186 من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

"1- إذا اتلف احد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى.

2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان".

---

(1) محمد يوسف الزعبي، المصدر السابق، ص 188.

وعلى ضوء ما سبق ذكره يظهر أن التعدي أعم وأشمل من التعمد وأن التعمد هو جزء من التعدي، وبما أن شرط التعمد الوارد في المادة 186/ 1 من القانون المدني العراقي هو من قبيل التكرار والزيادة ومن ثم لا داعي لوجوده، وعليه فإن الشرط الوحيد الذي يمكن الاعتداد به لقيام مسؤولية المتسبب عن الأضرار التي تصيب الغير هو التعدي فحسب.

المبحث الثاني
أساس المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القوانين الوضعية

تباينت مواقف القوانين والتشريعات المختلفة فيما يتعلق بالأساس الذي أقامت عليه هذه التشريعات المسؤولية عن انهيار البناء، فقد أسست بعض التشريعات هذه المسؤولية على الخطأ سواء أكان خطأ واجب الإثبات أم خطأ مفترضاً، في حين أسستها تشريعات أخرى على فكرة الضرر وتحمل التبعة.

لذلك سوف نقسم هذا المبحث على أربعة مطالب وهي:

المطلب الأول: أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون الفرنسي؛

المطلب الثاني: أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون العراقي.

المطلب الثالث: أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون المصري.

المطلب الرابع: أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون السوداني.

المطلب الأول
أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون الفرنسي

اختلف فقهاء القانون المدني الفرنسي بشأن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية مالك البناء، وفق أحكام المادة 1386 مدني، والتي تنص على " مالك البناء يكون

مسؤولاً عما يحدث تهدمه من الضرر، إذا كان هذا التهدم يرجع إلى نقص في الصيانة أو إلى عيب في البناء".

فقد ذهب الغالبية في الفقه الفرنسي إلى أن مسؤولية مالك البناء تقوم على فكرة الخطأ المفترض، في حين ذهب بعض الفقهاء من أنصار المسؤولية الشخصية إلى تأسيس المسؤولية على فكرة الخطأ الثابت أو الخطأ في الحراسة، وذهب البعض الآخر وهم من أنصار المسؤولية الموضوعية، إلى تأسيس مالك البناء على فكرة تحمل التبعية، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بقيام هذه المسؤولية على فكرة الضمان[1].

وأكثر هذه الآراء استقطاباً لتأييد الفقه والقضاء، هما الرأي الأول الذي يؤسس المسؤولية على الخطأ المفترض والرأي الثالث الذي يؤسس على فكرة كل التبعة[2].

أما الرأي الثاني، القائل بتأسيس مسؤولية مالك البناء على فكرة الخطأ في الحراسة، فمؤيدوه قله، وهو رأي لا يمكن التسليم به،إذ أثبتت الانتقادات التي وجهت إلى نظرية الخطأ الثابت عدم قدرة هذه النظرية على تبرير المسؤولية على البناء، والمسؤولية عن الأشياء بوجه عام، إذ أن القضاء الفرنسي في غالبيته يرفض تطبيق حكم المادة 1386، حينما يحدث تهدم للمبنى خلال مرحلة تشييده ويطبق بدلاً منه نص المادة (1384-1) المتعلقة بحراسة الأشياء الخطرة، وبذلك فإن تأسيس المسؤولية عن البناء على فكرة لخطأ في الحراسة ليس في حقيقته إلا أخذاً بنظرية تحمل التبعة[3]، فضلاً عن ذلك فإنه إذا قيل بأن المسؤولية تقوم على فكرة الخطأ في الحراسة فإن مالك البناء يسأل

(1) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص410.

(2) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، بدون دار نشر، القاهرة، 2007، ص 401.

(3) د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956، ص 77، د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص 402.

ولو لم يكن حارساً[1]. وكذلك بالنسبة إلى الرأي الذي يؤسس مسؤولية مالك البناء على فكرة الضمان فالقائلون بهذا الرأي هم قلة في الفقه، ومن هؤلاء في فرنسا مازو، وفي مصر د. سليمان مرقس، إذ يقول " ويبدو أن الأقرب إلى الصواب، ما دام من يكون مالكاً وقت سقوط البناء يسأل عن فعل المالك السابق وعن فعل من كان البناء في حراسته، كصاحب حق الانتفاع والمستأجر والحائز، اعتبار مسؤولية المالك مبنية على فكرة الضمان، أي أن ضمان المالك يحل مؤقتاً محل ضمان المسؤول الفعلي"[2]. ولكن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لسببين:

الأول: أن المالك قد يتحمل عب التعويض بشكل نهائي، أي ابتداءً وانتهاءً إذا كان المسؤول الفعلي معسراً[3].

الثاني: أن هذه الفكرة وأن صحت لتبرير مسؤولية مالك البناء، فإنها تقصر فقط على الحالات التي يكون فيها البناء وقت تهدمه في رعاية غير المالك، وهذا وضع استثنائي، إذ الغالب أن يكون البناء وقت تهدمه في رعاية مالكه.بقي إذن الرأي الذي يؤسس المسؤولية على خطأ مفترض، والرأي الذي يؤسس المسؤولية على تحمل التبعة، وسوف نناقض هذين الرأيين بشيء من التفصيل في محاولة للتوصل إلى ما نعتقد أنه الأساس الصحيح لمسؤولية مالك البناء في القانون المدني الفرنسي فقد ذهب فريق كبير من الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن مسؤولية مالك البناء التي نصت عليها المادة (1386) من القانون المدني الفرنسي تقوم على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس[4]. وتفضيل ذلك إن هذه المادة تشترط أن يكون الضرر ناجماً عن تهدم البناء، وأن يكون

---

(1) د. حسين عامر، المصدر السابق، ص 83.

(2) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الثاني، الأحكام الخاصة، ط2، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة،1971، ص 411.

(3) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي لبناء، المصدر السابق، ص 404.

(4) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي لبناء، المصدر السابق، ض 404 .

هذا التهدم راجعاً إلى نقص في الصيانة،أو إلى عيب في البناء، ووفقاً لقاعدة " البينة على من ادعى " فانه يجب على المضرور أن يثبت أن ضرراً قد أصابه من جراء تهدم البناء الذي يملكه المدعي عليه، وأن يثبت أن هذا التهدم يرجع إلى نقص في الصيانة أو إلى عيب في البناء[1]. وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البينة والقرائن، ووفقاً لهذا الرأي فانه حتى ما أثبت المضرور ذلك، فليس عليه أن يثبت في جانب المالك، إذ أن خطأه تفترضه المادة (1386) من القانون المدني الفرنسي افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، أي أن المادة (1386) تفترضان العيب في البناء أو النقص في صيانته منسوب إلى خطأ المالك، ولا يجوز لهذا الأخير أن ينفي الخطأ عن نفسه بإثبات أنه أتخذ جميع الاحتياطات المعقولة ليدرأ خطر البناء، وإنما يجوز له أن ينفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الذي لحق المدعي، وذلك بأن يثبت أن هذا الضرر يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه[2] .

والحقيقة إن هذا الرأي، هو رأي منتقد، ولا يمكننا التسليم به للأسباب الآتية:

1- أن هذا الرأي يتعارض مع قواعد القانون المدني الفرنسي، إذ أن المادة (1352) منه تقرر بأن القرائن القانونية هي في الأصل قرائن بسيطة يجوز دائماً إثبات عكسها، بمعنى انه لا يمكن أن تكون هناك قرائن قاطعة، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، إذ أن المادة (1386) لم تنص على ذلك، فإن القول بوجود قرينة قاطعة على خطأ مالك البناء يكون متعارضاً مع قواعد القانون[3].

---

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 34.

(2) د. عبد الرازق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المجمع العلمي الإسلامي، بيروت،1981، ص 177.

(3) د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربي، القاهرة، 1978، ص231 .

2- انه وفقاً لهذا الرأي، يظل مالك البناء هو المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصاب الغير من جراء تهدم البناء، حتى ولو كان العيب في البناء خفياً، وقد يحدث أحياناً أن يتهدم البناء نتيجة وجود عيب خفي فيه، كضعف أساس البناية، ولا يكون الملك عالماً بوجود هذا العيب، ولم يكن بأستطاعته العلم به، ولو بذل عناية الشخص المعتاد في الكشف عنه، ومع ذلك يظل المالك هو المسؤول عن الضرر الناجم عن هذا الانهدام، فكيف يمكن القول مع ذلك أن أساس مسؤوليته هو الخطأ، وهو أي المالك قد نفى هذا الخطأ باثبات أن الانهدام يرجع إلى عيب خفي في البناء لا يعلمه، ولم يكن باستطاعته أن يكشف عنه، وهذا ما يجعلنا نقول بأن مسؤولية مالك البناء في هذه الحالة تقوم بالرغم من عدم وقوع خطأ منه[1].

3- إذا كانت المسؤولية عن البناء وفق المادة (1386) من القانون المدني الفرنسي، تقوم على قرينة قاطعة على خطأ مالك البناء، فمقتضى ذلك أن تنتفي هذه القرينة ومن ثم تنتفي المسؤولية، إذا قرر المضرور بأن مالك البناء لم يخطئ، أي إذا أقر بأن البناء لم يكن بحاجة إلى صيانة، أو لم يكن به عيب وكذلك تنتفي هذه القرينة إذا نكل المضرور عن حلف اليمين التي وجهها إليه المالك بشأن وقوع الخطأ.

فإقرار المضرور أو نكوله عن حلف اليمين، يثبت عدم وقوع خطأ من مالك البناء، إلا انه لا يكفي لدفع مسؤولية المالك، لان هذا الأخير لا يستطيع التخلص من المسؤولية بنفي الخطأ في جانبه بل لان لذلك من إثبات السبب الأجنبي. وعلى ذلك فإنه إذا لم يستطيع مالك البناء دفع مسؤوليته، لا بالإقرار ولا باليمين، فإنه يترتب على ذلك مسؤولية قائمة على قرينة الخطأ في جانبه، بل تكون القاعدة التي تقرر مسؤولية مالك

(1) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 139.

البناء هي قاعدة موضوعية، فالمسؤولية التي يراد إقامتها على أساس قرينة قاطعة على الخطأ، وهي في الحقيقة مسؤولية غير مبنية على الخطأ[1].

والمشرع يمكنه أن يستند إلى هذه الوقائع المادية الثابتة في افتراض خطأ المالك فيفترض أن النقص في الصيانة أو العيب في البناء منسوب إلى خطأ الملك، ولكن لو كان المشرع الفرنسي قد افترض حقاً قرينة على خطأ مالك البناء في المادة (1386) مدني لكان مقتضى ذلك أن يسمح للمالك أن ينفي عن نفسه هذا الخطأ بإثبات إن البناء لم يكن بحاجة إلى الصيانة، أو لم يكن به عيب كما فعل المشرع المصري في المادة (177/ 1) من القانون المدني أو المشرع العراقي في المادة (229/ 1) من القانون المدني العراقي أما وأن المشرع الفرنسي، وفقاً لما يذهب إليه أنصار فكرة الخطأ المفترض لم يسمح للمالك أن ينفي الخطأ عن نفسه فمعنى هذا أنه ليست هنالك قرينة على الخطأ[2].

لذا فإن القول بان المالك يسأل لأنه أخطأ، مع عدم السماح له بنفي هذا الخطأ بأي وسيلة، يساوي تماماً القول بأن المالك يسأل بالرغم من أنه لم يرتكب أي خطأ، أي يسأل لمجرد وقوع الضرر من جراء انهدام البناء[3].

وهذا يدعونا إلى القول بأن مسؤولية مالك البناء في القانون المدني الفرنسي لا تقوم على أساس الخطأ أي أنها مسؤولية موضوعية يكفي لقيامها مجرد حدوث الضرر من جراء انهدام البناء.

أخيراً فانه يترتب على القول بقيام مسؤولية مالك البناء في القانون الفرنسي على فكرة الضرر وتحمل التبعة، أن مالك البناء يسأل ولو كان غير مميز، وذلك لان الإدراك والتمييز ليس بشرط لازم لتحقيق مسؤوليته.

---

(1) د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957، ص 206.

(2) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المصدر السابق، ص 31 .

(3) د. محمد لبيب شنب، دروس نظرية الالتزام، المصدر السابق، ص 239.

المطلب الثاني
أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون العراقي

نصت المادة (229/ 1) من القانون المدني العراقي على "أنه لو سقط بناء وأورث الغير ضرراً، فإن كان البناء مائلاً للانهدام، أو فيه عيب أدى إلى سقوطه، وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك، أو كان يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بها وجب الضمان".

ويظهر من نص المادة والخاصة بالمسؤولية عن انهدام البناء أنها من الفقه الإسلامي، فقد أخذ القانون المدني العراقي بمذهب جمهور الفقهاء المالكية والحنابلة، والحنفية بمقتضى القياس عندما أشترط لقيام مسؤولية صاحب البناء تنبيهه إلى ميلان بنائه أو إلى العيب الموجود فيه.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه العراقي إلى تأسيس هذه المسؤولية على الخطأ المفترض، إلا أن الفقهاء العراقيين لم يتفقوا على رأي محدد بشأن هذا الافتراض، فانبثق عدم الاتفاق هذا عن ثلاثة أراء هي:

الرأي الأول: يرى أن نص المادة (229/ 1) مدني يميز بين حالتين[1]:

الحالة الأولى: أن يكون البناء مائلاً إلى الانهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه، وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية صاحب البناء على أساس خطأ مفترض في جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس.

أما الحالة الثانية، فهي أن يكون صاحب البناء يعلم أو ينبغي أن يعلم بحالة بنائه من دون أن ينبه أحد إلى سوء حالته، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية صاحب البناء على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس، فيستطيع صاحب البناء أن يثبت عدم خطئه بإثبات أنه لم يكن يعلم أو ينبغي أن يعلم بحالة بنائه.

(1) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، 1980.

الرأي الثاني: وهذا الرأي أيضاً يفرق بين حالتين:
الحالة الأولى: أن يكون انهدام البناء ناشئاً عن ميلان البناء هنا تقوم على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس.
أما الحالة الثانية: فهي أن يكون التهدم ناشئاً عن عيب في البناء، وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس، إذ يفترض أن صاحب البناء كان يعلم بالعيب أو ينبغي أن يعلم به، فالخطأ ثابت في جانب صاحب البناء، إلا أنه يمكن نفي المسؤولية عنه بإثبات جهله بالعيب، أو أنه لم يكن بإمكانه العلم به[1].
الرأي الثالث: يذهب هذا الرأي إلى أن نص المادة (229/ 1) من القانون المدني العراقي لا يفرق بين حالة وأخرى، فيرى أنه سواء أكان صاحب البناء قد نبه إلى حالة بنائه أم لم ينبه، وسواء كان الانهدام راجعاً إلى ميلان البناء أو إلى وجود عيب فيه، فإن أساس المسؤولية في جميع هذه الحالات واحداً دائماً، وهو الخطأ المفترض في جانب صاحب البناء، افتراضاً لا يقبل إثبات العكس[2]. وعليه فلا يستطيع مالك البناء أن يدفع مسؤوليته عن طريق نفي الخطأ ولا يكون أمامه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي[3].

ومن خلال نص المادة (229/ 1) من القانون المدني العراقي يتضح أن المشرع قد ألقى المسؤولية عن تهدم البناء على عاتق مالكه، وهو بهذا يتفق مع المشرع الفرنسي الذي ربط المسؤولية عن انهدام البناء بالملكية لا بالحراسة.

فالمسؤول عن تهدم البناء وفقاً لنص المادة السابقة هو مالك البناء وليس حارسه، ويكون المالك (صاحب البناء) مسؤولاً عن انهدام البناء أو سقوطه سواء كان

(1) د. حسن علي الدنون، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية، بغداد، 1976.
(2) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة للالتزامات، ص 39.
(3) د. غني حسون طه، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 971، ص 198.

البناء في حيازته أو في حيازة شخص آخر كالمستعير أو الدائن المرتهن، وذلك لان المسؤولية عن البناء ليست مرتبطة بفكرة الحراسة أو بوضع اليد على البناء.

إلا أن جانباً من الفقه العراقي قد ذهب إلى التفرقة بين صاحب البناء ومالكه، إذ يذهب الرأي إلى أنه إذا كان الأصل هو أنه صاحب البناء هو مالكه إلا أن هذا لا يعني بالضرورة أن يكون صاحب البناء هو المالك في جميع الأحوال، ويخلصون إلى القول بإن صاحب البناء المسؤول عن تهدم البناء هو من تكون له السيطرة الفعلية على البناء ويكون في نفس الوقت مكلفاً بحفظ البناء وصيانته، الأمر الذي يعني مساءلة شخص غير المالك في بعض الأحيان ويضربون لذلك مثال: أن المتصرف في الأرض الأميرية هو صاحب الأبنية المقامة عليها، وهو المسؤول عن تهدمها رغم أن الدولة هي المالكة لها[1].

والواقع أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به، فالمسؤولية عن انهدام البناء في القانون العراقي تكون في جميع الأحوال على عاتق مالك البناء وحده على اعتبار انه في الوقت نفسه صاحب البناء، وندعم رأينا بالحجج الآتية:

1- أن حكم المادة (229/ 1) من القانون المدني العراقي مستمدة أصلاً من الفقه الإسلامي، وقد رأينا عند دراسة شروط المسؤولية عن سقوط المباني، إن هذا الفقه قد استعمل تعبير صاحب الحائط ومالك الحائط على أنهما تعبيران مترادفان لا فرق بينهما، ويؤديان المعنى نفسه.

2- أن المشرع العراقي في المادة (229/ 1) لم يربط المسؤولية عن تهدم البناء بفكرة الحراسة في حين لو فعل المشرع ذلك، لامكن القول بأن المسؤول هو من له السيطرة الفعلية على البناء.

(1) د. حسن علي الدنون، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية، بغداد، 1976، ص 310.

3- إن غالبية الفقه العراقي قد ذهب إلى عدم التفرقة بين مالك البناء وصاحبه وذهبت إلى المسؤولية عن انهيار البناء مرتبطة بالملكية[1].

4- أن الفقهاء الذين قالوا بهذه التفرقة قد صرحوا في مواقع أخرى بأن المسؤول عن انهدام البناء وفقاً لنص المادة (229/ 1) من القانون المدني هو مالك البناء وربطوا المسؤولية بالملكية، الأمر الذي يعني عدم وجود فرق بين مالك البناء وصاحب البناء[2].

فالمسؤول عن تهدم البناء هو مالكه، وإذا كان مالك البناء شخصاً واحداً فإنه يكون وحده المسؤول عن تهدمه، أما إذا تعدد مالكو البناء وأصاب الغير ضرر من جراء تهدمه، فإن الملاك جميعاً يسألون بالتضامن في مواجهة الغير المتضرر من تهدم البناء، وفقاً لأحكام المادة (217) [3] من القانون المدني العراقي.

وبما أن المسؤولية عن تهدم البناء وفقاً لأحكام المادة (229/ 1) مدني مرتبطة بالملكية، وبما أن الملكية في القانون العراقي لا تنتقل إلا بالتسجيل في دائرة الطابو (الشهر العقاري) فإنه في حالة بيع البناء، يكون المشتري مسؤولاً عن تهدم البناء بمجرد أجراء عملية التسجيل حتى ولو لم يتسلم المشتري العقار أو البناء.

ولكي تنهض مسؤولية مالك البناء طبقاً لأحكام المادة (229/ 1) من القانون المدني العراقي، يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

(1) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971.

(2) د. حسن علي دنون، المصدر السابق، ص 46.

(3) نصت المادة (217) من القانون المدني العراقي على " 1- اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر بدون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب".

أ- أن يكون الضرر ناشئاً عن انهدام البناء.

ب- أن يكون الانهدام ناجماً عن إهمال المالك في صيانة البناء أو تجديده.

ج- أن يكون صاحب البناء قد نبّه إلى حالة بنائه، أو يكون عالماً أو ينبغي أن يعلم بها.

وإذا توافرت الشروط المذكورة قامت المسؤولية على عاتق مالك البناء ولكن هذا الأخير يستطيع الرجوع على من يثبت أنه كان السبب المباشر في تهدم البناء، ويكون الرجوع وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية.

المطلب الثالث
أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون المصري

نصت المادة (1/177) من القانون المدني المصري على أن "حارس البناء ولو لم يكن مالكاً له، مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه".

وقد ذهبت غالبية الفقه المصري إلى أن مسؤولية حارس البناء وفق المادة السابقة، تقوم على أساس الخطأ المفترض، إلا أنهم قد اختلفوا في طبيعة هذا الافتراض ومداه. فذهب الرأي الراجح في الفقه المصري، إلى أن أساس مسؤولية حارس البناء هو خطأ مفترض في جانبه افتراضاً يقبل إثبات العكس.أما عن أساس هذه المسؤولية فان الفقه يختلف في كل من فرنسا ومصر في نسبتها إلى مرحلة من المراحل الأربعة التي مرت بها المسؤولية التقصيرية: فهناك أخف درجات المسؤولية التقصيرية وهي المسؤولية القائمة على الخطأ الشخصي واجب الإثبات، تليها في القوة المسؤولية عن الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، ثم المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض افتراضاً لا

يقبل العكس، وأخيراً المسؤولية بقوة القانون، والفرق بين المراحل الأربعة يتمثل في الآتي[1]:

1- المسؤولية القائمة على الخطأ الشخصي واجب الإثبات

في هذه الحالة يجب على المضرور أن يثبت خطأ المسؤول، ويسمح للمسؤول أن ينفي الخطأ عن نفسه، بأن ينفي الإهمال أو التقصير، ومن ثم ترفض دعوى التعويض إذا فشل المضرور في إثبات خطأ المسؤول أو إذا أفلح المسؤول في نفي الخطأ عن نفسه، أن المشرع المصري رأي أن يخفف عن المضرور عبء الإثبات حتى ييسر له الحصول على التعويض، فافترض الخطأ.

2- المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض

في هذه الحالة رأى المشرع المصري أن يخفف عن المضرور عبء الإثبات حتى ييسر له الحصول على التعويض، فافترض الخطأ من جانب الحارس، إذ جعل وجود البناء في حراسة شخص واحداث انهدام هذا البناء ضرراً للغير، قرينة على قيام الخطأ في جانب الحارس وهذا الخطأ المفترض هو أما إهمال في صيانة البناء، أو في تجديده، أو في إصلاح ما فيه من عيب[2].

3- المسؤولية القائمة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس

فالمضرور هنا لا يكلف بإثبات وقوع الخطأ من الحارس، بل يكفي أن يثبت إن الضرر الذي أصابه قد نجم عن تهدم البناء، وان البناء الذي تهدم كان في حراسة المدعى عليه، فإذا ما اثبت المضرور ذلك قامت قرينة على خطأ الحارس، مفادها أن هذا التهدم يرجع إلى إهمال الحارس في صيانة البناء أو أصلاح ما فيه من عيب.

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر،2010، ص 9 وما يليها.

(2) د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 219.

لكن طالما إن المسألة مسألة خطأ مفترض فيجب أن يعفى عديم التمييز من المسؤولية لأنه لا يتصور الخطأ في جانبه، مفترضاً كان أو غير مفترض، كما أن أي قوة قاهرة تعفي من المسؤولية ولو كان سببها داخلياً بحتاً كإغماء الحارس أو الانهيار الذاتي للمباني(1).

4- المسؤولية القائمة بقوة القانون

وهذه المسؤولية هي الأشد قوة والتي توفر أكبر قدر ممكن من الحماية للمضرورين، وهي فكرة القاعدة الموضوعية، التي تجعل الحارس مسؤولاً بقوة القانون عن تعويض الضرر الذي يقع بفعل الشيء الذي هو تحت حراسته،من دون حاجة إلى إثبات الخطأ و من دون الحاجة السماح له بنفي الخطأ.ويقصد بفكرة القاعدة القانونية أن المشرع يبني حكمه على الغالب من الأمور، وهذا الحكم لا وسيلة إلى مناقشة، كما هو الحال في المسؤولية عن حراسة الأشياء، فهذه قاعدة قانونية موضوعية وليست قاعدة إثبات، ومن ثم لا يدفعها إثبات عدم الخطأ، أو توجيه اليمين للمضرور، أو الحصول من المضرور على إقرار خطي بعدم إهمال الحارس.

وقد ذهب د. السنهوري إلى أن المادة (177) مدني تنتمي إلى الفقرة الثانية، أي مرحلة المسؤولة التقصيرية القائمة على الخطأ المفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس، ويؤيده في ذلك د. سليمان مرقس، فيجوز لحارس البناء أن يثبت أنه لم يهمل في الصيانة ولا يوجد عيب في التشييد أو التصميم، وان البناء لم يكن قديماً، فينفي بذلك عن نفسه الخطأ المفترض(2).

هذا بينما ذهب رأي ثان إلى أن مسؤولية الحارس عن تهدم البناء تنتمي إلى الفقرة الثالثة المشار إليها سابقاً، وهي مرحلة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 260 وما بعدها .

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص 10.

العكس، فلا يجوز لحارس البناء أن يثبت أنه لم يهمل في الصيانة أو في التصميم أو في التشييد، أو في ترميم المبنى بسبب القدم بل أن مسؤوليته لا يدفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي أن حارس البناء يستطيع نفي مسؤوليته طبقاً للقواعد العامة من خلال قطع علاقة السببية بين تهدم البناء وحدوث الضرر أي إثبات السبب الأجنبي، والسبب الأجنبي هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير، وهذا رأي الدكتور محمود جمال الدين زكي[1].

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في عدد من قراراتها، فجاء في قرار لها صدر عام 1980 ' أن مسؤولية حارس البناء وفق المادة (177) مدني، تقوم قانوناً عند تهدم البناء كلياً أو جزئياً، وهي تستند إلى خطأ مفترض في جانب الحارس، وهو خطأ لا يقبل إثبات العكس، بإقامة الدليل على قيامه بالصيانة أو التجديد أو الإصلاح، وان كانت المسؤولية تنتفي نفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر، بإثبات أن وقوع التهدم ولو جزئياً يرجع إلى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه [2].

غير أن هذا الرأي، هو رأي منتقد، ولا يمكننا التسليم به، فهذا الرأي يقرر أن القرينة التي أقامها المشرع في المادة (177/ 1) مدني هي قرينة قاطعة، علماً أن القانون المصري يقرر أنه لا توجد قرائن قاطعة إلا بنفي صريح يقضي بذلك، وان المادة (177) لم تنص على أن هذه القرينة قاطعة فيكون هذا الرأي متعارضاً مع القانون، ثم أن هذا الرأي لا يسمح للحارس أن ينفي الخطأ عن نفسه، في حين سمح له المشرع المصري ذلك عندما قرر في الفقرة الأولى من المادة (177) مدني أن "حارس البناء...مسؤول...

(1) د. محمد إبراهيم الدسوقي، المصدر السابق، ص 11 و د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص 261.

(2) د. عز الدين الدناصوري، و د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 302 .

ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه" إذن فقد أجاز المشرع للحارس أن يدرأ المسؤولية عن نفسه، بإثبات انعدام الخطأ في جانبه، وذلك إذا أثبت أن التهدم لا يرجع سببه إلى الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه.

المطلب الرابع
أساس المسؤولية عن انهيار البناء في القانون السوداني

إن المسؤولية عن الأشياء، وان تعددت صورها، من حراسة للحيوان أو للبناء أو للأشياء المادية، إلا أنها تقوم على فكرة قانونية واحدة هي فكرة الحراسة، والحراسة بلا شك تتحقق حيثما تمت السيطرة على الشيء سواءً في استعماله أو توجيهه أو رقابته، بصرف النظر عن ملكية الحارس لتلك الأشياء، وقد عُدّ حارس الأشياء مسؤولاً عما يلحقه بالغير من أضرار، وان الأشياء تضم المباني والآلات الميكانيكية والحيوان.

وقد أورد المشرع السوداني بعض قواعد شملتها مواد ثلاثة هي المواد (148،149،150) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 وقد انتهج المشرع مسلكا مغايراً لم أنتهجه المشرع المصري[1] أو العراقي إذ حرصا على تخصيص ماده لكل من الحيوان والبناء والآلات الميكانيكية، بينما على العكس من ذلك، ضمت جميعها في مادة واحدة في القانون السوداني (148) جاء نصها كالآتي:

"1- كل من تولى حراسة شيء يكون مسؤولاً عما يحدثه هذا الشيء من ضرر للغير سواء أكان هذا الشيء حيواناً أم جماداً وسواء أكان منقولاً أم عقاراً.

2- يراعى في تقرير المسؤولية عن الحيوان نوع الحيوان ونوع ودرجة الحراسة عليه وقت الضرر الذي أحدثه".

(1) أنظر المواد (176، 177، 178) من القانون المدني المصري، وكذلك المواد (229،230،231) من القانون المدني العراقي.

ولغرض تحقق شروط المسؤولية وفقاً لنص المادة (148) معاملات مدنية سوداني يجب أن يتوافر شرطان هما، الحراسة من ناحية، وإحداث الشيء للضرر من ناحية أخرى.

أولا: الحراسة:

الحارس هو من بيده السلطة الفعلية على ذلك الشيء تحت رقابته والتصرف فيه لحسابه الخاص، حتى ولو كان غير مميز وسواء أكان يمارس تلك السلطة بنفسه أم بوساطة غيره، وبصرف النظر عن طبيعة ذلك الشيء، أي سواء أكان جماداً أم حيواناً.

وقد عرفت المادة (149) من قانون المعاملات المدنية الحراسة إذ جاء فيها:

"1- يعد حارساً للشيء من له بنفسه أو بوساطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في أمره لحسابه الخاص ولو كان غير مميز".

وهنا أفترض المشرع أن الحراسة تعد قائمة ومتحققة بملكية الشيء، أي أن مالك الشيء يفترض بشأنه قيام الحراسة، إلا أنه افتراض قابل لإثبات العكس وذلك بإثباته انتقال الحيازة إلى غيره، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة نفسها إذ جاء فيها:

"2- يفترض أن مالك الشيء هو حارسه ما لم يثبت أن الحراسة قد انتقلت إلى غيره".

ثانياً: إحداث الشيء للضرر:

وقد يتطلب القانون، من أجل تقرير المسؤولية، أن يكون الشيء موضوع الحراسة هو الذي أحدث أو تسبب في إحداث الضرر.

فإذا تحققت المسؤولية، بتحقق شروطها، فإنها تقوم على أساس الخطأ المفترض في جانب الحارس، وهذا يقتضي أن يقوم المضرور بإثبات الحراسة في جانب الحارس واثبات إن الضرر كان بفعل ذلك الشيء.

ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه ويلاحظ في هذا الشأن أن إدراج الشيء في

فصيلة معينة،من دون الأخرى، يلعب فيه عامل خطورتها على الإنسان بصفة عامة، ومن ثم تميز بعاملين يبعدانها عن دائرة المسؤولية العادية المترتبة على الإهمال:
أولها: الدرجة المطلوبة في العناية، و ثانيها متعلق بعبء إثبات ذلك الإهمال، فالثابت أن المخاطر قد تضاعفت وتزايدت خلال منتصف القرن العشرين، الأمر الذي ترتب عليه، بدوره، زيادة المخاطر الناجمة عنها ومن ثم برز الاتجاه المتشدد لمساءلة من له حراستها سواءً أكان الأمر يتعلق بمنقول أم بمبنى.

وقد درج القضاء السوداني في إقرار المسؤولية من خلال النظر إلى مصدر الضرر المشكو منه بحيث إذا كان الضرر ناتجاً من حالة المبنى أو المنشأ في ذاته فإن الأمر يعالج بالقواعد التي تحكم المسؤولية في المباني والمنشآت والتي عادة تعالج على ضوء الخطأ المفترض أي قواعد المسؤولية المطلقة، وقد توجه المسؤولية عادة لمن يعد المبنى أو المنشأ في حيازته أو حراسته وقد يكون لذلك غير المالك[1].

وقد جاء تعريفاً لذلك الحارس في المادة (149/ 1) من قانون المعاملات المدنية السوداني بقولها "يعد حارساً للشيء من له بنفسه، أو بوساطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في أمره لحسابه الخاص ولو كان غير مميز".

يتضح من نص المادة السابقة أن المالك غير الحائز، والذي لا تجري الحراسة لحسابه، لا يعد مسؤولاً عن الأضرار في هذه الحالة، ومن ثم، فإن الحائز الذي يتولى السيطرة الفعلية، هو الذي يعد مسؤولاً بقدر نطاق حيازته أو حراسته، بمعنى أنها قد تكون حراسة كاملة شاملة لكل الأشياء وقد تكون تلك الحراسة خاصة بجزء معين منها.

ولكي تنهض مسؤولية مالك الشيء أو حارسه طبقاً لأحكام المادة (150) من قانون المعاملات المدنية السوداني، يجب أن تتوافر الشروط الآتية:
1- أن يكون الضرر ناتجاً عن حالة المنشأ أو المبنى.

(1) د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية، الجزء الثاني، الالتزامات غير الارادية، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، الخرطوم،2008، ص220 وما يليها.

2- أن يكون الضرر ناجماً عن إهمال الحائز الذي يتولى السيطرة الفعلية بقدر حيازته أو حراسته للشيء.

3- القانون السوداني يفترض أن مالك الشيء هو حارسه ما لم يثبت أن الحراسة قد انتقلت إلى غيره.

4- أن يكون مالك الشيء أو حارسه قد طلب منه اتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر.

5- خول القانون السوداني لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من شيء سواء كان مبنى أو منشأ في حراسة شخص آخر، أن يخطره بذلك فإذا لم يقم المالك أو الحارس جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على نفقته.

فإذا توافرت هذه الشروط قامت المسؤولية على عاتق المالك أو الحارس.

ومع التطور الحاصل في مجال عقود التشييد كان لابد للمشرع المحافظة على حياة الناس وحمايتهم، لذلك أصدر المشرع السوداني قانون تنظيم البناء لسنة 1997، فأوجب الحصول على ترخيص للبناء من الجهات المختصة في حالة إنشاء مباني جديدة أو إجراء تعديلات على المباني الموجودة، والتقيد بأصول المهنة الفنية والمواصفات القياسية المعمول بها والرسومات الهندسية المعتمدة والمستندات التي تمنح الترخيص بموجبها[1].

وإذا كان قانون البناء هذا يحمل في طياته عقوبات تلاحق المهندس أو المقاول. إلا أننا نجد أن هذه العقوبات ضعيفة ولا ترقى إلى معاقبة مرتكبي مخالفة الأصول الفنية في أعمال البناء والتشييد لذلك يتطلب تشديد العقوبة للحد من تلك المخالفات التي قد تؤدي بحياة الناس عند انهيار المباني المشيدة بصورة مخالفة وعدم مراعاة الأصول الفنية والقياسية للبناء.

(1) المادة 10/10 من قانون تنظيم البناء بولاية الخرطوم لسنة 1997 تنص على "…. الغرامة وفي حالة عدم الدفع السجن لمدة لا تزيد عن ثلاثة شهور، وإزالة المباني المشيدة".

الفصل الثاني

مسؤولية المهندس والمقاول عن أعمال التشييد بعد تسليمها إلى صاحب العمل

المبحث الأول: الشروط الموضوعية للضمان

المبحث الثاني: الشروط الشكلية (شرط المدة)



الفصل الثاني
مسؤولية المهندس والمقاول عن أعمال التشييد بعد تسليمها إلى صاحب العمل

ستتناول في هذا الفصل مسؤولية المهندس والمقاول في تشيد البناء والمحافظة على سلامته ومتانته وخلوه من العيوب التي قد تؤدي إلى تهدمه جزئيا أو كليا بعد تسلم الأعمال وهي المسؤولية التي تناولها القانون المدني العراقي فيما يعرف بالضمان العشري[1]، والذي بموجبه يترتب التزامات على المهندس والمقاول تجاه صاحب العمل بضمان الأعمال التي شيدوها لمدة عشر سنوات التالية لتاريخ تسلم الأعمال النهائي والأسباب التي أدت إلى هذا الالتزام هو رغبة المشرع في حماية صاحب العمل الذي يفترض بأنه ليس لديه المعرفة والدراية بالفن المعماري وأصول الصنعة في مواجهة المحترفين والمتخصصين في هذه المهنة أما الالتزام الذي يرتب المسؤولية على المهندس والمقاول قبل تسلم الأعمال لصاحب العمل. فإنها تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية. حيث التقادم ونسبية العقد، فمن حيث التقادم فهي خمس عشرة سنة وإن اختلف الفقهاء في بدايتها من وقوع الضرر أم من انكشاف العيب كما انه لا تضامن بين المهندس والمقاول في مسؤوليتهما التقصيرية أو العقدية، أما بعد تسلم الأعمال النهائية من قبل صاحب العمل تتغير المسؤولية من الطبيعة العامة إلى الطبيعة الخاصة بالضمان المعماري والذي يسمى (الضمان العشري)[2].

---

(1) – مواد الضمان في القانون المدني العراقي (870 – 872)، يقابلها في القانون المدني المصري (651–654) وقانون المعاملات المدنية السوداني (386– 387).

(2) – نبيل عبد البديع يحيى، القانون والمهندس، المرجع السابق، ص 161.

إذ تنص الفقرة الأولى من المادة (870) من القانون المدني العراقي بالاتي: "يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا من عيب في الأرض ذاتها أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة مالم يكن المتعاقدان قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت إتمام العمل وتسليمه ويكون باطلا كل شرط يقصد به الاعفاء أو الحد من الضمان"[1] النص يعرض لضمان المهندس المعماري والمقاول التهدم أو العيوب التي تصيب ما أقاموه من مبان أو منشآت ثابتة ونظرا لخطورة تهدم المباني بالنسبة إلى صاحب العمل أو بالنسبة إلى الغير لذا فان المشرع قد شدد من هذا الضمان حتى يبذل كل من المهندس أو المقاول اكبر عناية ممكنة فيما يشيدانه من منشآت ثابتة. لا يسأل عن عيوب البناء وفقا لأحكام المادة (870) من القانون المدني العراقي إلا المهندس المعماري والمقاول.

ويقصد بالمهندس المعماري في هذا المجال الشخص المكلف من قبل صاحب العمل بإعداد المخططات والتصاميم اللازمة لإقامة المباني والمنشآت الأخرى والإشراف على تنفيذها بوساطة مقاول البناء[2].يظهر من نص الضمان المعماري، أن اصطلاح المعماري في مواد القانون المدني مخالف لاصطلاحه العلمي فمن حيث الاصطلاح العلمي يطلق على المهندس الحاصل على بكالوريوس هندسة أو فنون قسم عمارة، فان الاصطلاح القانوني يعني مختلف تخصصات المهندسين المساهمين في عملية التشييد وبالرغم من أن مهندسين من تخصصات مختلفة ومقاولين متعددين يسهمون في عملية

(1) – هذا مانصت به المادة (651) من القانون المدني المصري والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(2) – د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة منشاة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص 157.

تشييد البناء لصالح صاحب العمل فان مواد الضمان المعماري المعروف بالضمان العشري لاتنطبق إلا على من ارتبط منهم بعقد مقاولة مع صاحب العمل[1].

ويرى بعض الشراح[2] اعتبار المهندس الإنشائي، ومهندس التربة في حكم المهندس المعماري إذا ارتبطوا مباشرة بعقد مع صاحب العمل.

لذلك فإن لفظة المهندس المعماري التي أوردها القانون لا تعني بالقطع المعماري. الذي أعد التصاميم المعمارية للبناء وإنما هي لفظة عامة أراد بها المشرع أن يشير إلى شمول مسؤولية الضمان المعماري لكل مهندس متخصص عما قدمه من خدمة هندسية متخصصة إذا كانت خدمته هذه قد تسببت أو أسهمت في إحداث التهدم الكلي أو الجزئي للمنشآت الثابتة أو المبنى أو في العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته أي أن المهندس المعماري في مواد المسؤولية المعمارية الواردة في مواد القانون المدني العراقي (870 إلى 872) لاتعدو أن تكون اصطلاحا قانونيا عاما يستلزم تحديد دقيقا عند التطبيق العلمي في تحديد المسؤولية الذي يواجهه مالك البناء بالضمان والشخص الثاني المسؤول وفقا للمادة (870) من القانون المدني العراقي هو المقاول. يقصد بالمقاول، كل شخص تعهد لصاحب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى مقابل اجر، من دون أن يخضع في عمله لإشراف أو توجيه صاحب العمل وهذا مانصت عليه محكمة تمييز العراق إذ قالت' إن الشركة المميز عليها تعهدت بصنع سلالم خرسانية إلى المميزة بموجب مواصفات فنية إذ تعهدت المميز عليها بتقديم المادة الإنشائية والعمل معا فعقد مثل هذا

(1) – د. نبيل عبد البديع يحيى. القانون والمهندس.، المرجع السابق، ص 153 .

(2) – د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص 158.

يكون استصناعا يخضع لأحكام القانون المدني المادة (870) منه التي أبقت المقاول مسؤولاً بعد انتهاء العمل وتسليمه"[1].

وكذلك قضت محكمة التمييز في قرار آخر "فالذي يميز عقد المقاولة عن عقد العمل، هو أن المقاول لا يخضع لصاحب العمل بإشراف أو توجيه، بل يعمل مستقلا طبقا لشروط العقد المبرم بينهما، أما في العمل فالعامل يخضع لإدارة صاحب العمل وإشرافه ولايعمل مستقلا عنه، بل يتلقى تعليماته وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما فالمعيار هو خضوع العامل لإدارة صاحب العمل وإشرافه بموجب الفقرة 2 من المادة 900 من القانون المدني"[2].

أما في مصر والأردن فإنهما أخذا بمعيار التبعية بغية تمييز عقد المقاولة عن عقد العمل وهذا ماقضت به محكمة النقض المصرية إذ قالت "بان عقد العمل يتحقق بتوافر أمرين هما: تبعية العامل وتقاضيه أجرا على عمله فذلك وفقا لمؤدي المادة 674 من القانون والمادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 317 لسنة 1952"[3]. وقد يستعين المقاول بأشخاص للقيام بالعمل المحال بعهدته من خلال مشاركتهم بالعمل أو الإشراف عليهم فقط فتكون الأعمال التي يقومون بها وكأنها صادرة من المقاول نفسه ومن ثم فإنه يكون ضامنا لأعمالهم لأنه مسؤول عنهم كذلك إذا كلف المقاول مقاولا من الباطن بانجاز العمل كله أو بعضه فان مسؤولية المقاول الأول تبقى قائمة تجاه صاحب العمل[4] وعلى

(1) – قرار محكمة التمييز في العراق، رقم الاضبارة 516 – 2 – 61، بغداد في 16-3-960 نقلا عن صالح عباس صالح، مسؤولية المقاول عن الانهدام الكلي والجزئي للبناء بعد انجاز العمل وتسليمه بدون دار نشر بغداد، 2009 ص 28.

(2) – قرار محكمة تمييز العراق المرقم 112 – هيئة عامة اولى – 72 في في 31 -3-1973، النشرة القضائية، العدد الاول، السنة الرابعة، 973، ص 77.

(3) – قرار محكمة النقض المصرية، الصادر بتاريخ 4-4-57.

(4) – نصت المادة 882 من القانون المدني العراقي على: "1- يجوز للمقاول ان يكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر اذ لم يمنعه من ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة العمل

ذلك فان نزول المقاولة عن المقاول إلى شخص آخر لا يخل بحق صاحب العمل في الرجوع بالضمان عليه كما لو كان هو الذي قام بالعمل مادام لم يقل هذا النزول ولم يقصد ابراء المقاول الأصلي من التزاماته.

أما الأشخاص المستفيدين من ضمان المهندس والمقاول فهم:

أولا: مسؤولية المهندس والمقاول تجاه صاحب العمل والخلف العام له[1]

الضمان الخاص الذي تقرره المادة (870) من القانون المدني العراقي على المهندس المعماري والمقاول لمصلحة صاحب العمل فهو المستفيد منه لذلك يستطيع أن يتمسك بأحكامه وإذا توفى صاحب العمل فلورثته الحق في التمسك بهذا الضمان في مواجهة هؤلاء الأشخاص وبتطبيق ذلك على عقد المقاولة الذي نحن بصدده فإن الحقوق التي يرتبها هذا العقد لصاحب العمل، تنتقل بعد موته إلى خلفه العام، ولما كانت الاستفادة من أحكام هذه المسؤولية لاسيما التي قررها المشرع في الدول قيد الدراسة[2] هي من أهم الحقوق التي يرتبها هذا العقد لصاحب العمل، فإن مقتضى قواعده هو أن ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام، وعلى ذلك فإذا توفى صاحب العمل، انتقلت ملكية البناء محل العقد بما لها من حقوق ومن ضمن هذه الحقوق الاستفادة من قواعد وأحكام المسؤولية المعمارية في الضمان، من ذمة صاحب العمل إلى خلفه إذ يحق لهم التمسك بهذا الضمان الذي يعد من مستلزمات الشيء بدون حاجة إلى النص عليها صراحة في

مما يفترض معه قصد الركون الى كفايته الشخصية. 2- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو صاحب العمل عن المقاول الثاني". وقد قضت المادة (661 -1) من القانون المدني المصري بنص مشابه وقد اخذت به المادتين (392 – 393) من قانون المعاملات المدنية السوداني .

(1) تقضي المادة (145) من القانون المدني المصري بأن: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام...".

(2) المادة (651) قانون مدني مصري، وتقابلها المادة (870) قانون مدني عراقي والمادة (788) قانون مدني أردني.

العقد ولو كان السبب الذي انتقلت به الملكية لايلزم الناقل بالضمان[1]، ويترتب على ذلك أنه إذا حدث تهدم كلي أو جزئي أو ظهر بالبناء المشيد عيب يترتب عليه تهديد متانته وسلامته أو جعله غير صالح للغرض الذي أنشأ من أجله، فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري، يكون من اختصاص الخلف العام لصاحب العمل، الذي انتقلت إليه، بموت هذا الأخير، ملكية هذا البناء محل عقد المقاولة، باعتبار أن هذه الدعوى من الحقوق التي رتبها هذا العقد لخلفه.

وقد استند البعض[2] في حق الخلف الخاص في الاستفادة من أحكام الضمان إلى أن تلك القواعد تمثل حماية قانونية مرتبطة بملكية المبنى المشيد ارتباطاً وثيقاً وغير متصلة بشخصية صاحب العمل وجده بالذات من دون غيره من الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تنتقل إليها ملكية هذا البناء بل إن هذه الحماية القانونية تتبع ملكية العقار وتندمج عنها بوصفها من ملحقاته طيلة مدة الضمان الخاص. وإذا قام صاحب العمل ببيع المبنى لأخر فإن الضمان الخاص ينتقل للمشتري لان الضمان يلحق المبنى وذلك طبقا لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزاما ويجوز للمشتري هنا أن يرجع على البائع بضمان العيب وللأخير وهو صاحب العمل في هذه الحالة أن يرجع على المهندس أو المقاول بالضمان[3].

(1) د. عدنان ابراهيم السرحان: العقود المسماة: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1996، ص 58.

(2) د.الدناصوري، د.عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء،المرجع السابق،ص136.

(3) د.عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء السابع-المرجع السابق،ص 102.

ثانيا: مسؤولية المهندس والمقاول تجاه الغير في الضمان

إذا أصاب الضرر شخصاً من الغير أي غير صاحب العمل المرتبط عقديا مع المهندس والمقاول، فان الشخص المضرور لا يجوز له أن يتمسك بالمادة (870) من القانون المدني العراقي، لان أحكام هذه المادة لا تنطبق إلا في النطاق الذي يكون فيه الضرر ناشئا عن التزام مترتب على عقد المقاولة.[1] ولانعدام العلاقة العقدية بين الغير المضرور وبين المهندس أو المقاول لذلك يترتب على المهندس أو المقاول رجوع المضرور عليهما على أساس المسؤولية التقصيرية إذ أن المسؤولية التقصيرية لا تندرج تحت أحكام المادة (870) من القانون المدني العراقي[2] التي تولت تنظيم المسؤولية بين المقاول أو المهندس مع صاحب العمل من دون أن تمتد إلى المسؤولية التي تنشا عن تهدم لبناء وإصابة الغير بأضرار بسبب التهدم والتي لا تعدو من حيث طبيعتها أن تكون مسؤولية تقصيرية[3].

وجاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية ماياتي "بأن المسؤولية قبل الغير لم تخضع للضمان العشري المقرر لها... وإنما هي مسؤولية تقصيرية تخضع لما تقرره القواعد العامة التي تضمنتها نصوص المواد (1382- 1383) القانون المدني الفرنسي"[4] وفي فرنسا عندما يرجع الغير المضرور على المقاول فلا يكلف الغير (المضرور) إثبات خطا المقاول أو المهندس لأن مسؤوليتها مفترضة حسب نص المادتين 1382- 1383 من القانون المدني الفرنسي، وللأخير أن يدفع المسؤولية عنه بإقامة الدليل على وجود حادث أو قوة قاهرة

---

(1) د. محمد لبيب شنب. شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص 189.

(2) تقابلها المادة (651) من القانون المدني المصري، والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(3) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشات الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه مطبق او منسيت عشتار، بغداد، 1985، ص 249.

(4) نقض فرنسي 14 اكتوبر 1958 نقلا عن د. محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص249.

أو سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه[1] إذ لم يكن التهدم قد حصل قبل تسليم البناء إلى صاحب العمل ففي هذه الحالة يكون المقاول أو المهندس مسؤولاً نحو الغير باعتباره حارسا للبناء على أساس خطأ مفترض ويلتزما بتعويض ما ينجم عنه من أضرار من دون حاجة إلى إثبات خطأ من جانبه[2]. وعلى هذا فإن القضاء المصري استقر على الحكم بعدم جواز رجوع الغير المضرور على صاحب العمل وإنما له أن يرجع على المقاول بدعوى التعويض بشرط إثبات خطأ المقاول، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "بأنه لا يجوز لصاحب البناء اعترى بناءه خلل بسبب تقصير المقاول في أعمال البناء المجاور أن يوجه دعواه بالتعويض إلى مالك البناء لمجرد كونه مالكا إذا ما كان التقصير قد وقع من المقاول وحده فان المسؤولية عن ذلك لا تتعداه"[3]. أما في العراق فان نص المادة 229 من القانون المدني العراقي قد حددت المسؤولية وهي:-

1- أن يكون الضرر قد نشا عن تهدم البناء وسقوطه.

2- أن يكون التهدم أو السقوط راجعا إلى نقص في الصيانة أو عيب في البناء.

وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق إذ قضت بما يأتي:-

"لدى التدقيق والمداولة ظهر أن محكمة البداءة بحكمها المميز ألزمت المميزين المدعي عليهما بأداء إلى المميز عليهما المدعي تعويضا عن الأضرار التي لحقتهما من جراء

---

(1) صالح عباس صالح، مسؤولية المقاول، المرجع السابق، ص 67.

(2) المادة (177) من القانون المدني المصري والتي نصت على "1- حارس البناء ولو لم يكن مالكا له، مسؤولاً عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، مالم يثبت ان الحادث لايرجع سببه الى اهمال في الصيانة او قدم في البناء او عيب فيه.

2 - ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ مايلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر فان لم يتم المالك بذلك جاز الحصول على اذان من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه" وهذا ماقضت به المادة (229) من القانون المدني العراقي والمادة(150) من قانون المعاملات المدنية السوداني..

(3) صالح عباس صالح، مسؤولية المقاول، المرجع السابق، ص68 .

تهدم غرفتي دارهما بسبب سقوط الجدار العائد إلى المميزين مستقلا والفاصل بين داري الطرفين، ولم تلاحظ المحكمة أنه كان عليها من قبل البت في الدعوى أن تحقق عما إذا كان الجدار المذكور مائلا للانهدام وسقط من نفسه ولم يسبق للمميز عليهما أن طلبا من المميزين اتخاذ ما يلزم للوقاية من الضرر أم لا ثم ثبت في الدعوى حسبما يتظاهر لها بالنتيجة إذ في حالة سقوط الجدار من نفسه من دون التنبيه عليه فأن خطأ يستوجب النقض لذا قرر نقض الحكم وإعادة الأوراق إليهما للسير في الدعوى وحسمها وفق ماتقدم[1].

أما إذا اختار الغير المضرور الرجوع على المقاول بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء تهدم البناء فعليه إثبات الخطأ من جانب المقاول لأن مسؤولية المقاول هي كذلك تقصيرية مبنية على خطأ ثابت يقتضي إثباته من قبل الغير المضرور.

ولابد من ملاحظة أن صاحب العمل لا يستفيد من المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس ولا ورثته من بعده، إذا كان مقاولاً أصلياً تعاقد مع مقاول من الباطن، ولم يكن له أن يرجع على المقاول من الباطن فيما يتعلق بعيوب عمله إلا بمقدار ما تقضي به القواعد العامة للمسؤولية، ويمتنع عليه الاستفادة من مسؤولية القواعد الخاصة[2].

ويستفيد من الضمان العشري إلى جانب ما ذكر، دائنو صاحب العمل، إذ نصت المادة (366) مدني أردني على أنه:

"1- لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يباشر باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها متصلاً بشخصه خاصة، أو غير قابل للحجز. 2- ولا يكون

---

(1) قرار محكمة التمييز في العراق، المرقم 404-2-955 في 3-5-1955، مجلة القضاء العدد الثالث، اب 1955، ص 86-87.

(2) د. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، ص124، وكذلك في نفس المعنى، د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، فقرة 106، ص124، د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص111.

استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وأن إهماله من شأنه أن يؤدي إلى إعساره ويجب إدخال المدين في الدعوى".

أما المادة (367) مدني أردني فقد أكدت أنه: "يعد الدائن نائباً عن مدينه في استعمال حقوقه، وكل نفع يعود من استعمال هذه الحقوق، يدخل في أموال المدين، ويكون ضماناً لجميع دائنيه" يستفاد من ذلك أنه إذا أهمل صاحب العمل استعمال حقه، بالرجوع على المهندس والمقاول وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس، وكان من شأن هذا الإهمال أن يؤدي إلى إعساره، فإنه يحق لدائنيه استعمال هذا الحق، بدعوى غير مباشرة يرفعها ضدهما باسم صاحب العمل الذي يتوجب إدخاله خصماً في هذه الدعوى، ويعتبر الدائن في هذه الحالة نائباً عن صاحب العمل في هذه الدعوى، وبالتالي فإن ما تحكم به المحكمة من تعويض على المقاول والمهندس، يدخل في أموال صاحب العمل، ويكون ضماناً لجميع دائنيه ومنهم الدائن الذي رفع الدعوى، ولكن هذا الأمر مشروط بأن يتخلف صاحب العمل عن استعمال حقه بالرجوع على المقاول والمهندس بالضمان، وأن يكون من شأن هذا الإهمال أن يؤدي إلى إعساره، أما إذا كان صاحب العمل ميسور الحال ولديه الملاءة المالية، أي ما يغطي الديون المستحقة وغير المستحقة، فإن ليس للدائن الحق باستعمال حقوق المدين بالرجوع على المقاول والمهندس بالضمان.

لذلك سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وذلك على النحو الآتي:-

المبحث الأول: الشروط الموضوعية.

المبحث الثاني: الشروط الشكلية.

المبحث الأول
الشروط الموضوعية للضمان

لكي يسأل المهندس والمقاول بالضمان العشري لابد أن تتوافر شروط موضوعية معينة، لذلك نحاول عرض هذه الشروط في أربعة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بوجود عقد مقاولة.

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بتشييد بناء أو إقامة منشآت ثابتة.

المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بحصول تهدم كلي أو جزئي في البناء.

المطلب الرابع: الشروط المتعلقة بالعيوب.

المطلب الخامس: أسباب العيوب.

المطلب الأول
شروط تتعلق بوجود عقد مقاولة

لكي تتحقق مسؤولية المقاول والمهندس بالضمان العشري عما يحدث من تهدم أو ما يظهر من عيوب في المباني التي يشيدانها أو المنشآت التي يقيمانها لابد من وجود عقد مقاولة أي علاقة سابقة بين المهندس والمقاول من جهة وصاحب العمل من جهة أخرى، حتى يمكن القول أن هؤلاء هم المسؤولين عن العيب والتهدم ومنعا من إنكار قيامهما بذلك[1].

إذ أن العقد هو مصدر التزامات المقاول والمهندس المعماري وقد عرفت المادة (884) من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بأنه "عقد به يتعهد احد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر".

---

(1) د. عمرو طه.بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 211.

وقد وردت أحكام الضمان العشري في القانون المدني العراقي بخصوص عقد المقاولة في نص المادة (870) المقابلة للمادة (651) من القانون المدني المصري والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني فقد تعرضت هذه المادة إلى الضمان الذي يشمل صاحب العمل والمهندس المعماري والمقاول ولم يرد أي نص آخر بامتداد هذا الضمان إلى غيره من العقود ويدل هذا على انحسار أحكام الضمان العشري للمباني والمنشآت الثابتة عن العقود الأخرى وبناء على ذلك لا يمكن إثارة أحكام الضمان إلا في وجود عقد مقاولة[1].

ولا يقتصر الضمان العشري على المقاول والمهندس المعماري، بل يمتد إلى كل من قام بدور مماثل لهما وارتبط مع صاحب العمل بعقد مقاولة، مثل مهندس الكهرباء والمهندس الإنشائي فإنهم يلتزمون جميعا بالضمان العشري وعند تعدد المهندسين فأنهم يلتزمون جميعا بالتضامن في مواجهة صاحب العمل متى كان لهم علاقة عقدية مباشرة مع هذا الأخير، أما إذا استعان المهندس المعماري بمهندسين آخرين من الباطن لانجاز ماعهد إليه من تصاميم و مخططات معمارية، فأنهم لا يلتزمون بالضمان في مواجهة صاحب العمل، كذلك يشمل هذا الشرط استبعاد المقاول من الباطن من الخضوع لأحكام الضمان العشري وتنحصر العلاقة بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي ولا يكون إلا لهذا الأخير الرجوع عليه بدعوى المسؤولية العقدية أما في علاقته بصاحب العمل فيعد المقاول من الباطن بالنسبة له من الغير[2].

ومحكمة النقض المصرية قضت في ذلك صراحة "بان ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين صاحب العمل يستوجب مسؤوليته عن أخطاء التصميم أو

---

(1) د. عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص212 .

(2) د. احمد عبد لعال ابو قرين، الاحكام لعقد المقاولة، دار النهضة العربية، لقاهرة، 2003، ص 102.

عيب التنفيذ"[1] كما قضت في حكم آخر "ان ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين (651، 652)، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه صاحب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس المعماري تجاه صاحب العمل بهذا الضمان وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية العقدية"[2]. أما القضاء الفرنسي فيذهب إلى المذهب نفسه في بعض أحكامه وفي ذلك تقول محكمة النقض الفرنسية ما يأتي "أن المقاول يكون مسؤولاً عن أية خسارة في البناء بمقتضى نص المادة 1792 من القانون المدني الذي لايطبق إلا على الأشخاص المرتبطين مباشرة بصاحب العمل بعقد"[3].

فالضمان العشري ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه صاحب العمل إلى المقاول أو المهندس القيام بعمل لقاء أجر من دون أن يكون أي منهما تابعا له أو نائبا عنه. فإذا تخلف عقد المقاولة لا يلتزم المدين تجاه صاحب العمل ولا خلفه الخاص بهذا الضمان وإنما يخضع لأحكام المسؤولية المدنية في قواعدها العامة.

فضلاً عن ذلك لا يلزم لقيام مسؤولية الضمان العشري لصاحب العمل وجود عقد مقاولة محله المباني والمنشآت الثابتة الأخرى بل يجب أن يقوم المقاول أو المهندس

(1) نقض مدني 27-11-1973، مجموعة احكام النقض س 24 رقم 199، ص 1144.

(2) نقض مدني 9-6-1955، مجموعة احكام النقض،س 6، رقم 165، ص1235.

نقض مدني 5-1-1939، مجموعة عمر ق154، نقلا عن د. عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، لمرجع السابق، ص212

(3) نقض فرنسي 5-4-1965، مشار اليه في د. محمد جابر الدوري. مسؤولية المقاول والمهندس المرجع السابق، ص 48.

بالعمل إستقلالا بدون توجيه أو إشراف من قبل صاحب العمل أو نائبه[1] فإذا خضع المقاول أو المهندس لإشراف صاحب العمل، ورقابته في هذه الحالة فان عقد المقاولة يصبح عقد عمل ويكون صاحب العمل وحده مسؤولاً عن سلامة المباني ومتانتها وهذا ما يتجه إليه القضاء المصري[2].

ومفهوم التبعية يقوم على توافر السلطة الفعلية، التي تثبت للمتبوع في رقابة التابع وتوجيهه، وهذا ما خلصت إليه محكمة النقض في مصر[3]، بقولها: "أن مقتضى حكم المادة (174) من القانون المدني، إن علاقة التبعية تقوم على السلطة الفعلية التي تثبت للمتبوع في رقابة التابع وتوجيهه سواء عن طريق العلاقة العقدية أو غيرها، وسواء استعمل المتبوع هذه السلطة أو لم يستعملها، طالما أنه كان في استطاعته استعمالها، لما كان ذلك، وكان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه، إن قام قضاءه بمسؤولية الطاعنة – الهيئة العامة للمجاري والصرف الصحي، من خطأ المطعون عليه الثاني – مقاول أعمال الحفر – على ما خلص إليه استناداً على شروط المقاولة وتقرير الخبير، من أن عمل موظفي الطاعنة لم يقتصر على مجرد الإشراف الفني، بل تجاوزه إلى التداخل الإيجابي في تنفيذ العملية وهو ما تتوافر به سلطة التوجيه والرقابة في جانب الطاعنة، ويؤدي إلى مساءلتها عن الفعل الخاطئ الذي وقع من المطعون عليه الثاني بوصفه تابعاً لها، ولا وجود للاحتجاج بأن الحكم لم يعمل بشروط عقد المقاولة المبرم بين الطرفين فيما نص عليه، من أن المقاول وحده هو المسؤول عن الأضرار التي تصيب

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة ان يقوم شخص بعمل معين ص 15 بالنص على " المقاولة عقد يقصد به ان يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص اخر في مقابل اجر، دون ان يخضع لاشرافه او ارادته ".

(2) د. عبد لرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، ص 439.

(3) نقض مصري: رقم 377 سنة 43ق، جلسة 31/ 1/ 1977، س28، ص322.

الغير الناتجة عن أخطائه وذلك إزاء ما حصله الحكم من ثبوت السلطة الفعلية للطاعنة على هذا المقاول في تسيير العمل".

إذن نخلص إلى القول أنه: لكي تتحقق المسؤولية المدنية في الضمان المعماري للمهندس والمقاول، يجب أن يعمل كل واحد منهما، باستقلال عن صاحب العمل، وإذا لم يتوافر هذا الشرط، لا يمكن للمسؤولية المعمارية في الضمان للمهندس والمقاول أن تنهض، ومن ثم فإن أي تعيب أو تهدم لا يمكن إلقاء تبعته على عاتق المهندس والمقاول، ذلك أن أساس المسؤولية المدنية في الضمان المعماري للمهندس والمقاول، يجب توافر الرابطة العقدية فيها، وأن ينصب العمل على أقامة مبان أو منشآت، وأن يعمل المهندس والمقاول بأستقلالية عن صاحب العمل.

وأن المرجعية في تحديد مدى سلطة صاحب العمل، في الإدارة والإشراف والتوجيه هو العقد، الذي تقوم على أساسه العلاقة بين طرفيه، ومدى السلطة التي يتمتع بها في مواجهة المهندس والمقاول، وإذا تخلف شرط الاستقلالية في تنفيذ العمل، والذي يجب أن يتمتع به كل من المهندس والمقاول، تخلف معه شرط تحقق المسؤولية المدنية العقدية للمهندس والمقاول، وتنتقل عندئذ المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني
الشروط المتعلقة بالأعمال

طبقا لنص المادة (870) من القانون المدني العراقي، والمادة (651) من القانون المدني المصري والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني لا يكفي لوجود عقد مقاولة فقط بين المهندس المعماري أو المقاول مع صاحب العمل لكي تتحقق مسؤولية الضمان العشري وإنما يجب أن يكون محله يتعلق ببناء أو منشآت ثابتة، إذ أن المشرع في الدول قيد الدراسة قد أراد وطبقا لنصوص القانون المدني في المواد السابقة الذكر على الضمان العشري للمهندس المعماري أو المقاول تجاه صاحب العمل بالنص على أنه"

يضمن المهندس المعماري والمقاول فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ".

من خلال النص يظهر إن هذا الضمان الخاص يقتصر على أعمال التشييد الجديدة فقط أما الأعمال المتعلقة بتوسيع أو تعديل أو ترميم أو هدم منشآت قائمة فإنها تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية ولأحكام عقد المقاولة.

ومن نص المادة (870) مدني عراقي: فأن الأمر يتعلق بموضوعين هما:-

أولا: ضرورة أن يتعلق الأمر بأعمال التشييد

لم يضع المشرع في الدول قيد الدراسة تعريف محدد للمبنى وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء، لذلك عرفه بعض الفقهاء بأنه "مجموعة من المواد مهما كان نوعها خشبا أو جيرا أو جبسا أو حديدا أو كل هذا معا أو شيئا غير هذا شيدتها يد الإنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار"[1].

وعرفه فقه آخر بأنه "كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتا في حيزه من الأرض متصلا بها اتصال قرار عن طريق الربط غير قابل للفك من دون تعيب بين مجموعة المواد أياً كان نوعها جرت العادة على استعمالها في مثل هذا العمل طبقا لمقتضيات الزمان والمكان"[2]. وعرفه البعض بأنه "كل ماتشيده يد الإنسان بمواد إنشائية كالطابوق والأسمنت والخشب والحديد وغيرها من مواد البناء لتتصل بالأرض اتصال قرار ويستوي في ذلك أن يكون البناء معدا للسكن أو لإيواء الحيوانات أو الخزن وغيرها من الأغراض الأخرى"[3].

---

(1) د. عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق ص 220.

(2) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول، المرجع السابق، ص 659.

(3) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس، المرجع السابق ص 128.

مما تقدم يتضح من التعريفات السابقة وان اختلفت في بعض المعاني إن الضمان العشري للمهندس والمقاول يشترط أن يكون البناء مستقرا ثابتا لا يمكن نقله دون هدمه، وان تكون يد الإنسان قد شيدته وبمواد أياً كان نوعها وأياً كان الغرض من إنشائها ويثور تساؤل عن طبيعة الأعمال التي تتعلق بالمباني، والتي تسري عليها أحكام المسؤولية الخاصة، وبعبارة أخرى، هل تسري أحكام هذه المسؤولية الخاصة، على كل أعمال البناء من تشييد وترميم وإصلاح، وتوسيع وإضافة بناء وهدم؟ وهل تسري على أعمال البياض واللبخ والزخرفة وأعمال الديكورات والزينة، وأعمال التغليف بالحجر للواجهات؟

بالاستناد إلى قواعد وأحكام المسؤولية الخاصة الواردة في القانون المدني العراقي بالمادة (870) من خلال العبارة الواردة فيه: 'فيما شيدوه من مبان، أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى'. بينما ذهب رأي في الفقه[1] إلى أن أحكام هذه المسؤولية الخاصة لا تسري إلا على العمليات الإنشائية الجديدة، بحيث يقتصر عليها وحدها تطبيق تلك الأحكام، ولا يدخل في مفهوم البناء أعمال اللبخ والبياض والتغليف بالحجر للواجهات، والزخرفة، وأعمال الصيانة والترميم والتعلية والهدم، لأن هذه الأعمال ليس لها القدرة على تهديد متانة البناء وسلامته، لذلك فهي لا تخضع لأحكام هذه المسؤولية الخاصة، وإنما تحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية.

ثانيا: إقامة المنشات الثابتة الأخرى

المشرع المصري قد نص على ذلك صراحة في المادة (651) من القانون المدني على " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين مايحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ".وهذا

---

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، بند 188، ص212 وما بعدها، وكذا بند 189، ص214 وما بعدها.

النص الذي اخذ به القانون المدني العراقي في المادة (870) وقانون المعاملات المدنية السوداني في المادة (386).

يظهر من هذا النص إن المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول تجاه صاحب العمل لاتنحصر في البناء بمعنى الكلمة وإنما تمتد إلى أية منشآت ثابتة أخرى.

ويعرفها البعض بأنها "تشمل كل ماتنتجه طاقة الإنسان ويشبه من الناحية الاقتصادية المباني ويمكن أن يؤدي العيب في إنشائه أو النقص في صيانته إلى ضرر مماثل للضرر الذي يمكن أن يحدث من العيب في أعمال البناء والتشييد أو النقص في متانته"[1].

وقد عرفها أحد الفقهاء "بأنها كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتا في حيزه من الأرض متصلا بها اتصالا قرار عن طريق الربط بين مجموعها من المواد أياً كان نوعها ربطا غير قابل للفك بحيث يسير على الإنسان سبيل انتقاله أو سبيل معاشه"[2].

يتضح من التعريفات السابقة إن المنشآت الثابتة الأخرى لا تقتصر وظائفها كالبناء على مجرد إيواء الإنسان وإنما لتيسر عليه سبيل انتقاله من مكان إلى آخر كالطرق والجسور والسكك الحديد، والقناطر والسدود، والمطارات بما تحتويه من أماكن إقلاع أو هبوط الطائرات والإنفاق إلى غير ذلك"[3].

وقد اختلفت الآراء حول مدى سريان الضمان العشري للمهندس المعماري والمقاول على هذه المنشآت الثابتة، فقد ذهب الرأي الأول: إلى عدم إخضاع أعمال

(1) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية لمقاول والمهندس، المرجع السابق، ص 131 المرجع السابق .

(2) د. عبد الزاق حسين يس ص 681.

(3) د. عبد الرزاق لسنهوري، الوسيط. ج 7، المرجع السابق، ص 135.

د. محمد لبيلب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 107، ص 126.

المنشآت الثابتة إلى الضمان العشري لأنها لا تعد من ضمن إقامة المنشآت الثابتة[1]. وعدّوا مسؤوليتها تخضع للقواعد العامة[2].

وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى المبررات الآتية:

1- إن المادة (870) من القانون المدني العراقي تنص على تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة الأخرى، ولايمكن اعتبار هذه الأعمال من قبل تشييد المباني أو إقامة المنشآت الأخرى.

2- إن هذه المادة قد قصرت مسؤولية المهندس المعماري والمقاول على الأضرار التي تلحق بالغير. الذي يفترض معه وجود بناء مقام فوق سطح الأرض بحيث يلحق المباني أو إقامة المنشآت الأخرى.

وقد تعرض أصحاب هذا الرأي إلى النقد من جانب البعض[3] للأسباب الآتية:

أ- إن الحجة التي استند إليها أصحاب هذا الرأي تقوم على إن هذه الأعمال ليست من صنف البناء ولا تعد من المنشآت الثابتة الأخرى لعدم توافر معنى الإقامة بما تتضمنه من علو وارتفاع فوق سطح الأرض فهذا لا يمكن التسليم به لان الفعل وأقام كما يدل على معنى العلو والارتفاع من مدلولاته أيضا القيام والوجود فأقام الشيء بمعنى أوجده ثابتا في موضعه.

ب- أما الحجة الثانية من مسؤولية الضمان بضرورة وجود بناء يتم إقامته فوق مستوى سطح الأرض بحيث يلحق تهدمه الكلي والجزئي ضرر بالغير فهي غير دقيقة بسبب إن الضرر الذي يلحق بالغير من جراء تهدم البناء أو المنشأ الثابت الكلي أو الجزئي ولا يتوقف على مكان وجود البناء سواء أكان فوق مستوى سطح الأرض أم في

---

(1) مثال على ذلك " حفر الابار المكشوفة خطوط المجاري، انابيب الماء الصافي القنوات الاروائية، خطوط الهاتف والكهرباء، الملاعب الرياضية، حمامات السباحة ".

(2) د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود بناء والبناء والتشييد، المرجع السابق ص 227.

(3) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول، المرجع السابق، ص 691.

باطنها بل إن الضرر الذي يلحق بالغير بسبب تهدم في باطن الأرض يكون أكثر تحققا وتوقعا وذلك لقلة فرص النجاة منه على الرغم من كثرة وسائل الحماية والأمان في باطن الأرض أكثر مما هو موجود فوق سطح الأرض كما إن الضرر النفسي يكون ابلغ الأثر على الإنسان في باطن الأرض عن سطحه [1].

أما أصحاب الرأي الثاني: وهو رأي غالبية الفقه[2] إذ يرون أن أحكام الضمان العشري على هذه الأعمال وشأنها في ذلك شأن الأعمال التي تشيد فوق سطح الأرض ويردون على الحجة الأولى التي قال بها أنصار الرأي الأول بأن "هذه الأعمال وإن كانت ليست بناءً إلا أنه يمكن اعتبارها من قبيل المنشآت الثابتة الأخرى وهذه الأخيرة يشترط فيها أن تكون هذه المنشآت على سطح الأرض[3] وهذا ما أخذت به المادة (870) من القانون المدني العراقي والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

المطلب الثالث
الشروط التي تتعلق بحصول تهدم كلي أو جزئي في البناء

لكي يتحقق الضمان العشري يشترط أن يلحق بالمباني أو المنشآت الثابتة الأخرى ضرراً سواء أكان هذا الضرر جزئيا أم كليا ويترتب عليه تهديد سلامة ومتانة هذه الأعمال فضلاً عن ذلك يترتب عليه عدم صلاحية المبنى للغرض المخصص له ومن أي عيب يظهر فيها خلال المدة المحددة قانونا وبناء على ذلك سنتناول دراسة هذا المطلب في فرعين وعلى النحو الأتي:

---

(1) د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، 228.
(2) د. عمرو طه بدوي، المرجع السابق، ص 229.
(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، ص 153.

الفرع الأول: تهدم الأعمال.

الفرع الثاني: الاضرار التي تمس الغرض المخصص له البناء أو المنشآت الثابتة الآخرى.

الفرع الأول

تهدم الأعمال

نص المشرع السوداني في الفقرة الأولى من المادة (386) من قانون المعاملات المدنية على "إذا كان عقد المقاولة قائما على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني وأقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول[1] وهذا النص اخذ به كل من المشرع المصري والعراقي[2] وفقا لنص المادة السابقة لا يسأل المهندس والمقاول عن كل ضرر يصيب المباني والمنشآت التي أقاماها بل تقتصر مسؤوليتهما على تهدم هذه المباني والمنشآت تهدما كليا أو جزئيا أي انحلال الرابطة التي تربط بين أجزائه الأساسية بعضها ببعض[3] أي حدوث تفكك أو انفصال أجزاء البناء بعضها عن بعض أو عن الأرض ذاتها وذلك من دون تدخل إرادي من الإنسان" ولايهم في انحلال هذه الرابطة وانفصالها أن يكون التهدم بسبب في عملية التشييد والبناء ذاتها كعدم مراعاة الربط بين أجزاء البناء ومكوناته بعضها ببعض مثل عدم أحكام ربط حديد التسليح بصورة محكمة فيترتب على ذلك أن تكون أجزاء البناء غير مترابطة مما يجعلها غير قادرة على حمل بعضها البعض ومن باب أولى حمل غيرها".

---

(1) الفقرة الاولى من المادة (870) قانون مدني عراقي، الفقرة الاولى والثانية من المادة 651 قانون مدني مصري.

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص163.

(3) نقض جنائي مصري 6-6-1966، مجموعة احكام النقض، س17 ص 737 نقلا عن د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد المرجع السابق ص 241.

وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق بالنص "إن التهدم والتصدع الذي حصل في الجدران والسقف لايمكن في أي حال من الأحوال أن يعد عيبا بل هو تهدم جزئي إن لم يكن كليا.. "[1] وكذلك قد يكون التهدم راجعا إلى عيب في المواد الإنشائية المستعملة في عملية البناء كأن تكون من صنف رديء مخالف للمواصفات الفنية المطلوبة أو تكون المخالفة في مكونات مادة البناء بما يؤثر سلبا على مقاومة وتحمل المادة مع تقدم عمر المنشأ أو البناء ومن ثم يؤثر على سلامة ومتانة الأعمال الإنشائية للبناء على مدى عمره الافتراضي الذي قد يزيد عن مدة عشر سنوات. وقد حرص المشرع في الدول قيد الدراسة على النص صراحة على سريان أحكام المسؤولية الخاصة للضمان حتى وإن كان التهدم الكلي أو الجزئي راجعا إلى عيب في الأرض التي أقيم عليها البناء أو المنشأ الثابت الآخر ومن المعلوم إن المهندس المعماري لاتستلزم طبيعة عمله أن يقوم بنفسه بفحص الأرض وإجراء الاختبارات عليها والكشف عن عيوبها إذ أن هذه المهمة يقوم بها مهندس متخصص في أبحاث التربة الذي يكلف من قبل صاحب العمل مباشرة بهذه المهمة ويسمى مهندس التربة،الذي يقوم بدراسة خواص التربة التي سيتم إقامة البناء عليها إذ يقوم بعمل فحص التربة في الموقع وتحديد الأعماق وفقا للقانون الهندسي للأسس ثم عمل تحليل للتربة لمعرفة خواصها عند الأعماق المختلفة ثم يعد تقريرا يحتوي على المعلومات اللازمة عن طبيعة الأرض مثل منسوب التأسيس والإجهاد المسموح به عند هذا المنسوب ثم التوصية لعمل الأُسس المطلوبة للمنشأ ويظهر من ذلك إن المهندس المعد لتقرير خواص التربة هو المسؤول قانونا عندما يكون هناك عيب في الأرض طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة (870) من القانون المدني العراقي وبذلك فان المهندس المعماري لا يكون مسؤولاً عن عيوب الأرض التي غابت عن تقرير التربة بالموقع الذي قدمه إليه صاحب العمل وطبقا لما تقدم يعد تقرير التربة المقدم من صاحب

(1) قرار محكمة تمييز العراق المرقم 1405 – حقوقية – 63 في 7-12-1963 قضاء محكمة التمييز، المجلد الاول 1966 ص 84.

العمل إلى المهندس المعماري كالتصميم المقدم من صاحب العمل إلى المقاول وتسري عليه أحكام القضاء التي صدرت في هذا الشأن. ففي هذه الحالة فإن عيب الأرض الذي يكون سببا في تهدم سلامة البناء ومتانته يعد سببا أجنبيا على المهندس المعماري يمكن أن يتلخص به من مسؤولية الضمان العشري.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأنه "يكفي لقيام الضمان المقرر في المادة (651) مدني حصول تهدم بالمبنى ولو كان ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها"[1] وكذلك قضت محكمة تمييز العراق "إن المادة (870) من القانون المدني حملت المقاولين مسؤولية مايحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني وأقاموه من المنشآت حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض"[2] ولكي يتحقق الضمان طبقا للمادة (870) من القانون المدني يجب أن يكون العيب في الأرض بحيث يمكن كشفه من قبل المهندس أو المقاول بالفحص الدقيق، فإذا كان العيب لايمكن كشفه حتى بعد الفحص الفني الدقيق فإنه لايترتب عليه الضمان ويكون في حكم القوة القاهرة[3]. فإذا وجد تحت الأرض اطلال مباني أثرية على عمق كبير ولم يكن بالإمكان اكتشافها من قبل ولم يكن بأستطاعة المهندس أو المقاول أن يعلم بذلك فأن هذا العيب في الأرض يعد بمثابة قوة قاهرة[4].

وقد يكون سبب التهدم كليا أو جزئيا راجعا إلى عيب في التصميم ذاته كعدم مراعاة الأصول الفنية في وضعه طبقا لأصول وفن الهندسة المعمارية وفي هذه الحالة يكون المهندس المعماري الذي قام بوضع التصميم المعيب الذي ترتب عليه حدوث

(1) نقض مدني 10-6-1965 مجموعة احكام النقض، س16 و رقم 117 ص 736.

(2) قرار محكمة التمييز 13- مدنية اولى- في24-8-1978 مجلة الاحكام العدلية العدد3، سنة 9،ص42 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الاول، الجزء السابع، المرجع السابق ص 114.

(4) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 113، ص76.

التهدم الكلي أو الجزئي مسؤولاً عنه أمام صاحب العمل إلا إذا كان الخطأ في التصميم باستطاعة المقاول المتمرس ذي الخبرة العالية في مجال أعمال التشييد والبناء ولم يتنبه إليه صاحب العمل أو المهندس المعماري فهنا يكون مسؤولاً بالضمان إلى جانب المهندس في مواجهة صاحب العمل، أي يكونا متضامنين في المسؤولية[1].

الفرع الثاني

الأضرار التي تمس الغرض المخصص له البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى

يشترط في الضرر الذي يمكن لصاحب العمل أن يطالب بالتعويض عنه أن يمس بالغرض الذي شيد البناء لأجله حتى لو لم يترتب عليها الإخلال بسلامة البناء ومتانته خلال المدة المحددة قانونا[2] وقد قضت محكمة تمييز العراق بأنه "لصاحب العمل مطالبة المقاول بالتعويض مانشأ من أضرار في البناء مادامت المدة التي حددها القانون لمسؤولية المقاول والمهندس لم تنته بعد وقد رفعت الدعوى خلال المدة القانونية[3].

وقضت المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي في صيغتها المعدلة بالقانون رقم 12 الصادر سنة 1978 على أن الضرر يعد خطيرا ومن ثم يجوز تغطيته بالضمان العشري إذا أصاب العمل في "احد عناصره التأسيسية أو التجهيزية متى ترتب على هذا الضرر أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من اجله"[4] هذا التوسع في الضمان العشري الذي أخذ به المشرع الفرنسي لم يؤخذ به المشرع العراقي والمصري والسوداني إذ أن المادة (870) مدني عراقي والمادة (651) مدني مصري، والمادة

(1) د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص 242.

(2) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس، المرجع السابق، ص212 .

(3) قرار محكمة تمييز العراق 318-3-73 في 23-11-1973 نقلا عن صالح عباس صالح، مسؤولية المقاول، المرجع السابق ص 51.

(4) د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص 250.

(386) معاملات مدنية سودانية استلزمت وصفا معينا لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة بالنسبة للعيوب الموجبة للضمان وهو أن يكون من شأنها تهديد متانة البناء أو المنشأ الثابت الآخر وسلامته، وبناء على ذلك فان العيوب التي يقتصر دورها على أن تجعل البناء أو المنشأ الثابت الآخر، غير صالح لتحقيق الغرض الذي أقيم من أجله، لاتخضع لأحكام الضمان الخاص مالم يترتب إلى جانب ذلك تهديدا لمتانة البناء وسلامته بل تسري عليها القواعد العامة في المسؤولية العقدية أو في المسؤولية التقصيرية وحسب الأحوال.[1]

وقد ذهبت محكمة الاستئناف الفرنسية في حكم لها إذ قضت فيه "بأن المسؤولية العشرية لا يقتصر تطبيقها على حالة التهدم الكلي أو الجزئي للبناء المشيد، وإنما يجب أن يمتد هذا التطبيق إلى كل الأخطاء الخطيرة التي ترتكب في البناء"[2] كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتأييد الحكم الذي طبق أحكام الضمان العشري على الضرر المتمثل في خلل بمدخنة عقار أدى إلى تسرب الدخان إلى داخل الشقة السكنية الكائنة في العقار نفسه على الرغم من عدم وجود علاقة على الإطلاق بين الخلل المدعي به وبين متانة البناء وسلامته، وأسست المحكمة حكمها على إن مثل هذا التسرب للدخان داخل المساكن من شأنه الإضرار المستمر بصحة السكان ومن ثم فإنه يجعل العمارة السكنية غير صالحة لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله[3] ومن التطبيقات القضائية الفرنسية لأعمال الضمان العشري بسبب هذا النوع من العيوب العديدة، لعل أبرز هذه العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي أو الحراري، لاسيما في المباني المخصصة للسكن، وقد قضي في

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، بند 202 ص 228، د.عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول، المرجع السابق، ص 818 – 819.

(2) د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص251.

(3) د. عمرو طه بدوي، المرجع السابق، ص251.

هذا الشأن بأن عيب العزل الصوتي الذي شاب جدار فاصل يجعل المبنى غير صالح للغرض المخصص له، وهو السكن[1] وبناء على ماتقدم إذا كان العيب يمكن أن يهدد متانة البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى وسلامتها ويمس الغرض الذي من أجله شيد المبنى فإنه في هذه الحالة يجب خضوعه للضمان العشري بغض النظر عن عدم تعرض متانة البناء وسلامته للخطر أما إذا لم يكن العيب على درجة كبيرة من الخطورة ولم يؤثر أو يمس الغرض المخصص له أو على متانة البناء وسلامته فإن هذا العيب يخرج من نطاق الضمان العشري ويخضع لأحكام القواعد العامة في المسؤولية العقدية.

المطلب الرابع
الشروط المتعلقة بالعيوب

يعرف العيب حسب نص الفقرة الثانية من المادة (558) من القانون المدني العراقي بأن "العيب هو ماينقص ثمن البيع عند التجار وأرباب الخبرة أو مايفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه، ويكون قديما إذا كان موجودا في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم"

أما القوانين العربية الأخرى فإنها لم تعرف العيب كما تقدم ولكنها أتت بنصوص تحدد العيب من خلال آثاره، فالمادة (447) من القانون المدني المصري وما يقابلها[2] قد نصت على ما يأتي "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي اعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولم يكن عالما

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص230.

(2) المادة (202-1) من قانون المعاملات السوداني التي نصت على "يعتبر البيع منعقدا على اساس خلو المبيع من العيوب الا ماجرى العرف على التسامح فيه".

بوجوده" وقد عرفه البعض بأنه "الخلل الذي يصيب المباني أو المنشآت الثابتة والتي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن خلوها منه"[1] إن تعريف العيب بهذا المعنى يترتب عليه عدم مطابقة العمل للمواصفات المتفق عليها في العقد، وقد ترقى عدم مطابقة العمل للمواصفات إلى مرتبة العيب في البناء بالمعنى الفني المقصود مثل عدم مطابقة البناء للمواصفات المتعلقة بقواعد التنظيم ولوائحه والترخيص وقد نص المشرع العراقي في الفقرة الثالثة من المادة (870) من القانون المدني على أنه "يشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها أن تهدد متانة البناء وسلامته".

إذ يلاحظ من النص إن المشرع لم يجعل مطلق العيب موجبا لتطبيق أحكام المسؤولية الخاصة أو العشرية وإنما اقتضى أن يكون هذا العيب على درجة معينة من الخطورة بحيث يعرض متانة البناء وسلامته للخطر، كما إن الفقه والقضاء اشترطا طبقا للقواعد العامة أن يكون العيب خفيا، بحيث يستطيع صاحب العمل كشفه عند تسلم الأعمال.

وتشترط محكمة النقض المصرية لقبول دعوى الضمان "أن يكون العيب المدعي به في البناء خفيا بحيث لا يكون في استطاعة صاحب البناء اكتشافه وقت التسلم، كمسؤولية البائع عن الخفية مع فارق في مدة الضمان إذ جعلها القانون في حالة البناء مدة عشر سنوات كاملة"[2] وبناء على ذلك فإن العيوب التي لا يستطيع صاحب العمل العادي الملم بقواعد البناء كشفها تعد عيوبا خفيا تسري عليها أحكام الضمان العشري[3] أما إذا كان العيب ظاهرا وقت تسلم صاحب العمل للأعمال من دون إبداء أي تحفظ من جانبه على الرغم من علمه بالعيوب التي تشوبه، فإن ذلك يعد بمثابة إعفاء

(1) د. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 39، ص 147.

(2) محكمة النقض المصرية في 9/6/1955، س22 ق، رقم 80 (الموسوعة الذهبية ج9، ص99).

(3) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس، المرجع السابق، ص856.

للمشيدين من مسؤوليتهم عن العيوب الظاهرة أو تنازله ضمنيا عن دعوى المسؤولية المتعلقة بها[1] والقبول يفيد موافقة صاحب العمل على البناء بحالته التي هو عليها وقت تسلم الأعمال، وبما أن العيب الظاهر يكون موجودا وقت التسلم من دون اعتراض يعني أن صاحب العمل قد قبل بهذا العيب ونزل عن ضمانه[2]،وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (875) من القانون المدني العراقي على إنه "متى تسلم العمل فعلا أو حكما ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق" وبهذا الحكم قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها بما يأتي "أن العيوب التي ادعى بها المدعي بأجمعها عيوب ظاهرة يمكن ملاحظتها والوقوف عليها حالا من قبل الشخص الاعتيادي فكان على المدعي أن يطالب بها قبل تسلم الأعمال ولكن عند استلامه العمل بضمنها العيوب المذكورة قد اسقط حقه في مطالبة المقاول بها......"[3] ويرى بعض الفقهاء[4] إنه يكفي في العيب أن يكون خفيا على صاحب العمل وقت تسلم الأعمال حتى تسري أحكام الضمان العشري، ويستندون على ذلك إن قبول صاحب العمل للأعمال بدون إبداء أي تحفظ من جانبه على الرغم من علمه بالعيوب التي تشوبه فإن ذلك يعد بمثابة إعفاء للمشيدين من مسؤوليتهم عن العيوب الظاهرة تأسيسا على مايفيده هذا التصرف من معنى قبول صاحب العمل لهذه العيوب، أو تنازله ضمنيا عن دعوى المسؤولية المتعلقة بها، هذا فضلاً عن إن القول بإخضاعها للضمان العشري من شأنه أن يجرد التسليم من جوهره وأثره الأساس، وهو الإعفاء من

(1) د محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص 165.
(2) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول المهندس، المرجع السابق، ص165.
(3) قرار محكمة تمييز العراق رقم 2123/ حقوقية / 956 في 1956/12/15، نقلا عن د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس، المرجع السابق، ص165.
(4) د. عمرو طه بدوي، ضمان الالتزام في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص281.

العيوب الظاهرة ويرى البعض الآخر من الفقهاء[1] العكس من ذلك، إلى وجوب خضوع العيب سواء أكان ظاهرا أم خفيا لأحكام الضمان العشري، مادام هذا العيب من شأنه تهديد متانة البناء وسلامته من دون اشتراط أن يكون خفيا لأن أحكام هذه المسؤولية تعد من النظام العام، ولا يجوز لصاحب العمل النزول عن حقه في الضمان ويعلق جانب من الفقه المصري على الرأي المتقدم بالقول "أن تعلق هذه المسؤولية بالنظام العام يمنع الاتفاق على الإعفاء منها قبل تحققها، أما عندما تتحقق المسؤولية بحصول التهدم أو بوجود عيب فعلا فان حق صاحب العمل من الرجوع بالضمان لايتعلق بالنظام العام في شيء ويجوز له النزول عنه صراحة أو ضمنا، وقبول الأعمال بالرغم من علمه بوجود العيب يفيد هذا النزول"[2] والحقيقة إن هذا الرأي يجد سنده في حكم الفقرة الثانية من المادة (875) من القانون المدني العراقي والتي نصت بأنه "إذا كانت العيوب خفية، أو كانت المخالفة غير ظاهرة ولم يلحظها صاحب العمل وقت التسلم بل كشفها بعد ذلك، وجب عليه أن يخبر المقاول بها بمجرد كشفها وإلا عُدّ انه قد قبل العمل" فالعيب الخفي الذي تبحث المادة المذكورة عنه أصبح ظاهرا بكشفه من قبل صاحب العمل ولكي لا يكون تسليم الأعمال مغطيا لهذا العيب الذي أصبح ظاهرا، لذلك اوجب القانون على صاحب العمل أن يعلم المقاول به بمجرد كشفه وإلا عدّ قابلا له، لان القبول يسقط المسؤولية عنه مادام القبول قد جاء بعد تحقق العيب الموجب لقيام المسؤولية[3] أما القضاء المصري فقد استقر على توافر الشرطين المذكورين للعيب بغية ترتيب مسؤولية الضمان على المهندس والمقاول ولذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه"...... مد القانون ضمان المقاول والمهندس إلى ما بعد تسلم المباني ودفع قيمتها على خلاف ما يقتضيه عقد المقاولة من انقضاء الالتزام بالضمان وبتسلم

(1) د. محمد جابر الدوري، المرجع السابق ص166.

(2) د. عمرو طه بدوي، ضمان الالتزام في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص282.

(3) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس، المرجع السابق، ص167.

البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها، ويجب لقبول الضمان أن يكون العيب خللا في البناء يهدد متانته وأن يكون خفيا بحيث لم يستطيع صاحب العمل كشفه وقت التسلم، أما إذا كان ظاهرا ومعروفا فلا يسأل عنه المقاول مادام صاحب العمل قد تسلم البناء من مميز يحتفظ بحق له....."[1] نخلص من ذلك إن قبول صاحب العمل للأعمال بالعيب الظاهر أو المعلوم من دون تحفظ عليه يعد من قبيل النزول اللاحق عن حقه في الضمان وهذا جائز لان الإعفاء من الضمان أو الحد منه يعد باطلا إذا كان سابقا على تحقق سببه، ويتفق هذا الحكم مع القواعد العامة، لان القبول يفيد موافقة صاحب العمل على البناء بحالته التي هو عليها وقت حصوله، أي قبوله بالعيب الذي به، وإلا لرفض تسلم العمل أو أن يتحفظ بحقه في الرجوع على المقاول والمهندس بالضمان[2] والعيب الظاهر هو الذي يمكن كشفه بالفحص المعتاد من قبل الشخص العادي لان الغاية من الضمان العشري هي حماية مثل هذا الشخص غير الفني أو الخبير، أما إذا كان صاحب العمل خبيرا أو محترفا فان دعوى الضمان تكون مقبولة إذا كان العيب يصعب اكتشافه من شخص مثله[3] ولايشترط في العيب أن يكون قديماً، أي يكون موجودا في البناء وقت قبول صاحب العمل للأعمال، فالمسؤولية تتناول العيوب القديمة كما تتناول العيوب الطارئة التي توجد بعد الاستلام، أما المسؤولية وفقا للمادة (870) من القانون المدني العراقي فتتحقق ولولم يثبت إن العيب كان موجودا في المبنى وقت إقرار صاحب العمل له[4] بينما ذهب رأي آخر إلى اشتراط أن يكون العيب راجعا في مصدره إلى فترة إقامة البناء أو على الأقل أن يكون سبب العيب موجودا عند معاينة

(1) محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 5يناير 1939، مجموعة عمر، ج2، ص154.
(2) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، فقرة 108، ص165.
(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص128.
(4) د محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص164.

العمل واستلامه[1] وتطبيقا للمادة (870) من القانون المدني العراقي، فإن الرأي الأول يتفق مع ما قصده المشرع العراقي، من تقرير أحكام الضمان العشري، لان مقتضى هذا الضمان هو أن يقوم المهندس والمقاول بتسليم الأعمال إلى صاحب العمل خال من العيوب من وقت التسلم ولغاية مرور عشر سنوات من تاريخ هذا التسلم وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية "إن التزام المقاول والمهندس في المادة (651) من القانون هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدانه سليما ومتينا لمدة عشر سنوات بعد تسلمه ومن ثم يثبت الإخلال بهذا الالتزام بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة من دون حاجة لإثبات خطأ ما"[2].

المطلب الخامس
أسباب العيوب في البناء

ستتناول أهم العيوب التي تظهر في البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى في أربعة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: أسباب تعود لعيوب في الأرض.

الفرع الثاني: أسباب تعود لعيوب في التصاميم.

الفرع الثالث: أسباب تعود لعيوب في المواد الإنشائية المستخدمة في العمل.

الفرع الرابع: أسباب تعود لعيوب في التنفيذ.

الفرع الأول
أسباب تعود لعيوب في الأرض

أجمعت التشريعات المدنية الحديثة ومنها الدول العربية قيد الدراسة، على مساءلة المهندس والمقاول عن العيوب التي تظهر في البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى إذا

(1) د. عمرو طه بدري، ضمان الالتزام في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص292.

(2) محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 23/ 6/ 1970 مجموعة احكام النقض، س 21 رقم 171، ص1068.

كانت راجعة إلى عيب في الأرض التي شيد عليها البناء، والسبب في ذلك يعود إلى أن مسؤولية التأكد من طبيعة الأرض يقع على عاتق المهندس الاستشاري من خلال إجرائه الفحوصات المختبرية اللازمة، إذ يستطيع أن يكتشف عيوب الأرض، ومن ثم فإنه باستطاعته تلافي هذه العيوب من خلال وضع تصاميم تلائم طبيعة هذه التربة.

ومع ذلك فإن العقد المبرم بين صاحب العمل والمقاول يفرض على هذا الأخير التزاماً بالتحري عن طبيعة الأرض التي سوف يشيد عليها البناء وعليه واجب يقتضي أن ينبه صاحب العمل إلى العيوب الموجودة في التربة والتي يستطيع أن يكتشفها من خلال دراسته لخواصها.

فضلاً عن ذلك فإن مبدأ حسن النية في التنفيذ يقتضي من المقاول أيضاً أن ينبه المهندس الإستشاري الذي يقوم بمهمة الإشراف على تنفيذ الأعمال إلى هذه العيوب، لكي يعمل على تداركها قبل البدء في التنفيذ، على الرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة بينهما، فإن كل منهما يعد غيراً بالنسبة للآخر، إلا أنهما قد يجمعهما عقد عمل واحد ويعملان معاً على تحقيقه، وهو إقامة بناء، أو منشأ ثابت آخر، خال من العيوب ومتفق مع ما تقتضي به قواعد الفن المعماري، والقوانين واللوائح المنظمة، ومحققاً للغرض الذي قصده صاحب العمل من إنشائه، وهما طبقاً للقانون مسؤولاً تضامنياً[1] أمامه عما يحدث له من أضرار نتيجة خطأ أي منهما أو تقصيره.فإذا ما قام المقاول من جانبه بتنفيذ التزامه هذا، أي بإخطار كل من صاحب العمل والمهندس الاستشاري بما ظهر له من عيب في التربة، من شأنه أن يسبب تهدماً في البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، كلياً كان هذا التهدم أو جزئياً، أو يهدد متانته وسلامته، فإنه من المتصور أن يحدث أحد أمرين[2]:

(1) المادة 1/651 مدني مصري.

(2) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص715.

الأول: أن يستجيب المهندس الإستشاري لتنبيه المقاول له إلى وجود العيب أو العيوب في الأرض، ويعمل على علاجه بالأساليب الفنية قبل البدء في التنفيذ، وهنا لا مشكلة في الأمر.

الثاني: أن يصر المهندس الإستشاري على وجهة نظره من خلو التربة من العيوب المانعة في إنشاء البناء عليها، أو أنه كانت بها بعض العيوب إلا أنه عالجها من خلال وضع التصميم اللازم لها، وفي هذه الحالة يتعين على المقاول أن يطلب منه أمراً كتابياً بالمضي في التنفيذ على مسؤوليته الخاصة مع إحاطة صاحب العمل علماً بذلك، فإن أعطى هذا الأمر نفذ من دون مسؤولية عليه، وأن لم يعطه امتنع عن التنفيذ وإلا كان مسؤولاً إلى جانب المهندس الإستشاري.

هذا إذا كان من أمر بفحص التربة هو المهندس الاستشاري أو من يقوم بدوره ممن على مستواه فنياً أو أكثر، كصاحب العمل المتخصص، أو أحد المكاتب الفنية المتخصصة بمثل هذه الفحوصات، أو أن يكون المهندس الاستشاري نفسه، أما إذا كان من أمر بفحص التربة وخلوها من العيوب هو صاحب العمل الغير متخصص أو الغير خبير في هذا الأمر، هنا يتعين على المقاول أن يمتنع عن التنفيذ، ولو أعطى أمراً كتابياً من قبل صاحب العمل، وإلا كان مسؤولاً، طبقاً لأحكام المسؤولية الخاصة بالتطبيق لنص المادة (870) من القانون المدني العراقي، حتى لو كان صاحب العمل قد آذن في إقامة الأبنية المعيبة، ما لم تكن هذه الأبنية منشأة في اتفاق المتعاقدين لأن تبقى مدة أقل من عشر سنوات[1].

وعلى ضوء ذلك فإن أول عمل يجب أن يقوم به المهندس الإستشاري أو المقاول على حسب الأحوال بعد التأكد من الوضع القانوني للأرض، هو التأكد من عدم وجود موانع طبيعية تحول كلياً أو جزئياً من دون إقامة البناء على الأرض، سواءً

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، المرجع السابق، بند 114، ص 134.

كانت هذه الأرض مقدمة من صاحب العمل، أو من المقاول[1]، وله أن يستخدم في ذلك كافة الوسائل العلمية الحديثة التي تمكنه الاستعانة بها، وعمل الدراسات والاختبارات والفحوصات المختبرية والتحليلات اللازمة للتعرف على طبيعة التكوين الجيولوجي للتربة والتأكد من مدى سلامتها وقدرتها على تحمل أثقال البناء الذي سيقام عليها، ومدى تقبلها لطرق العلاج المختلفة التي تجعلها أكثر صلابة، وأشد مقاومة[2].

فإذا أسفرت الدراسات والاختبارات التي أجراها للتربة عن أي عيب بها يترتب عليه تهدم كلي أو جزئي، لما هو مطلوب إنشاؤه عليها من بناء أو منشأ ثابت آخر، أو يتهدد متانة البناء وسلامته، وجب عليه أن يخبر صاحب العمل حالاً، وينتظر رده على ذلك، فإذا كان العيب من الممكن علاجه[3]، وطلب منه صاحب العمل عمل ذلك، أما إذا كان العيب لا يمكن علاجه، وجب على المهندس الاستشاري أن يصارح صاحب العمل بذلك، وأن يمتنع عن إتمام المشروع، حتى ولو طلب منه صاحب العمل كتابة الاستمرار بالعمل، وإلا عد مسؤولاً عما يحدث للبناء بعد ذلك من تهدم كلي أو جزئي أو تهديد في متانته وسلامته أو جعله غير صالح للهدف الذي أنشأ من أجله من جراء هذا العيب[4].

إلا أنه يشترط لترتيب المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن عيوب الأرض، أن يكون من الممكن كشفها طبقاً لقواعد وأصول الفن المعماري، فإذا استحال ذلك، أي

(1) د. محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص201.

(2) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص722.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، بند 65، ص 819.

(4) محكمة النقض المصرية، طعن رقم 235 لسنة 3ق في 1965/6/10، ف س 16 ق 117، ص 736.

كشف العيب مع استعمال الأساليب الحديثة في اختبارات التربة فإن هذا يعد من قبيل القوة القاهرة التي يتحلى المهندس الاستشاري أو المقاول بها من هذه المسؤولية[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه اشترطت التشريعات المنظمة لأعمال البناء والتنظيم، عند الحصول على ترخيص لإقامة الأبنية أو المنشآت الأخرى، لابد من تعزيز الطلب بتقرير يتضمن أجراء الفحوصات والاختبارات اللازمة على التربة التي سيقام عليها البناء أو المنشأ، وقد ألزمت المهندس المصمم أن يقوم بهذه المهمة قبل الشروع بإعداد التصاميم والمخططات، من هذه النصوص ما ورد في المادة (6) من نظام الأبنية والتنظيم لمدينة عمان رقم (67) لسنة 1979 التي تلزم المهندس المصمم أن يختبر الأرض التي سيقام عليها البناء لمعرفة وتحديد قوة تحملها للضغوط والأثقال المسلطة وإعداد الحسابات الفنية والإنشائية التي ستنفذ الأعمال بموجبها بما في ذلك نوع الأسس والأعمدة والجدران الحاملة والجسور والسقوف، أما الفقرة (ب) من المادة نفسها فقد أكدت أنه عند إقامة بناء قريب من خطوط مجاري أو شوارع أو خطوط كهرباء أو اتصالات أو أبنية قائمة، على المهندس المصمم أن يتخذ الاحتياطات اللازمة لضمان سلامة البناء المنشأ والمبنى المجاور وخطوط المجاري أو أية إنشاءات أو أعمال أخرى قد تتأثر في الأعمال الهندسية لإقامة ذلك البناء أو المنشأ.

ويستفيد أيضاً من نص المادة (39/ 1) من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 من شأنه توجيه وتنظيم أعمال البناء في مصر، إذ نصت هذه المادة على أنه: "يحظر إنشاء مبان أو منشآت أو إقامة أعمال أو توسيعها أو تعليتها أو تعديلها أو تدعيمها أو ترميمها أو هدم المباني غير الخاضعة لقانون هدم المباني غير الآيلة للسقوط جزئياً أو كلياً، أو إجراء أية تشطيبات خارجية من دون الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الإدارية المختصة بشؤون التخطيط والتنظيم وفقاً للاشتراطات البنائية وقت إصدار الترخيص ولما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 113، ص136-137.

وما يقال بالنسبة لعيوب الأرض التي يراد إقامة البناء عليها وأهمية دراستها دراسة فنية وعلمية مستفيضة، للتأكد من سلامتها ومتانتها وقدرتها على تحمل ثقل الأعمال التي ستقام عليها، يقال أيضاً بالنسبة للمباني أو المنشآت القديمة، عندما يراد تعليتها بإضافة طابق أو أكثر عليها، إذ يتعين على المهندس المعماري في هذه الحالة، فضلاً عن دراسة الأرض على الوجه الذي بيناه، دراسة أسس هذه المباني والهياكل الحاملة فيها، لكي يقف على مدى صلاحيتها وإمكانيتها على تحمل ما هو مطلوب إضافته إليها من طبقات أخرى، وإلا كان مسؤولاً عما يحدث من أضرار بالبناء سواء منه القديم أو الجديد وذلك طبقاً لأحكام هذه المسؤولية الخاصة متى توافرت شروطها[1].

الفرع الثاني
أسباب تعود لعيوب في التصميم

سبق وأن بينا أن المهندس الإستشاري هو المختص بوضع التصاميم والمخططات المختلفة والتي تتعلق بالبناء أو المنشآت الثابتة الأخرى وذلك بحكم تأهيله العلمي والفني للقيام بهذه المهام وبذلك فهو يصبح مسؤولاً عن عيوبها بقوة القانون، في حين يتولى المقاول وتحت إشرافه ورقابته، مهمة تنفيذ الأعمال بموجب التصاميم والمخططات التي أعدها المهندس الإستشاري.

---

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 113، ص136.
د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء، المرجع السابق، بند 58، ص82.
د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص ص 724-725.

وقد يحدث كثيراً في العمل أن يقوم المقاول بنفسه بوضع التصاميم اللازمة للبناء من دون اللجوء إلى مهندس إستشاري لاسيما عندما يكون المشروع صغير الحجم وغير معقد التفاصيل المعمارية أو الإنشائية.

وفي حالات أخرى في عقود التشييد أن صاحب العمل يقوم بنفسه بإعداد التصاميم والمخططات، ويعطيها إلى المقاول ليتولى تنفيذها، مع قيام صاحب العمل أيضاً بمراقبة المقاول والإشراف عليه بنفسه، أو قد يقوم بإسناد هذه المهمة إلى مهندس إستشاري، هنا نكون أمام ثلاث حالات

لوضع التصاميم والمخططات المختلفة للبناء أو المنشأ الثابت الآخر المزمع تشييده تدور ما بين المقاول، وصاحب العمل، والمهندس الإستشاري وتبعاً لحجم المنشأ وأهميته، ومدى بساطته أو تعقيده من النواحي الإنشائية والمعمارية والأمور الفنية الأخرى التي تتعلق بطريقة تنفيذ الأعمال.

إلا أن الذي يهمنا في هذه الدراسة، عندما يكون من وضع التصميم المعيب، هو المهندس الإستشاري، المكلف بوضعه من قبل صاحب العمل، وهو الأمر الأكثر شيوعاً في عقود التشييد بوصفه صاحب الاختصاص الأصيل به، بينما يقتصر دور المقاول على مجرد تنفيذ هذا التصميم، ففي هذه الحالة يثور التساؤل عن مدى مسؤولية المهندس الإستشاري عن هذا التصميم. وهل يظل مسؤولاً عما يظهر به من عيوب ولو لم يكلف بالإشراف والرقابة على التنفيذ وما مدى مسؤوليته إذا أقتصر دوره على تنفيذ ما شابه من عيوب؟ هذه مسائل نبحثها كما يأتي:[1]

1- مدى مسؤولية المهندس الإستشاري عن عيوب التصميم الذي وضعه وكلف بالإشراف والرقابة على تنفيذه.

(1) د. عبد الرازق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص 731، وما يليها.

بمقتضى العقد المبرم بين المهندس الإستشاري وصاحب العمل، فإنه يتعين على المهندس الإستشاري عند إعداد التصاميم، أن يلتزم بالأصول الفنية التي تقتضي من كل متخصص في فن المعمار معرفتها واحترامها[1] وأن يقدم تصاميم خالية من العيوب والأخطاء ومطابقة للغرض الذي يسعى صاحب العمل من أجله، وأن يكون التصميم متوافقا مع ذلك، وإذا ما خالف المهندس الإستشاري رغبة صاحب العمل، عند وضعه للتصميم، فإنه يكون قد أرتكب خطأ عقدياً وفي هذه الحالة وقبل المباشرة في التنفيذ، فإن المهندس الإستشاري يسأل، إذا ما نشب نزاع بينه وبين صاحب العمل وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية، وليس وفقاً لأحكام المسؤولية المعمارية للمهندس والمقاول، ذلك لأن المسؤولية المعمارية لا تنهض إلا إذا نشأ عن الإخلال بالالتزام تهدم أو تعيب للبناء أو المنشأ الثابت الآخر تم إنجازه بصورة فعلية على الواقع،أما مجرد وضع تصاميم أو مخططات تقدم لصاحب العمل وقبل المباشرة في تنفيذه، فهنا لا مجال لتطبيق المسؤولية المعمارية للمهندس والمقاول.

لذلك فإن قواعد وأصول عقود التشييد الهندسية تقتضي من المهندس الاستشاري القيام بإجراء أبحاث ودراسات وافية سواء فيما يتعلق بالتربة أو الظواهر الجوية والمناخية المختلفة، وعمل حسابات لكافة الحوادث والمتغيرات التي يمكن التوقع حدوثها طيلة مدة إقامة البناء أو المنشأ الثابت الآخر بموقع العمل، كما يلزم الأمر كذلك دراسة وفحص خصائص الأرض التي يشيد عليها البناء، وطبيعتها ودرجة تحملها، وتحديد عمق ومتانة وقابلية الأسس التي سيتم تصميمها[2].

ويترتب على المهندس الإستشاري والمقاول التزاماً آخر يتعلق بمخالفة القوانين والأنظمة واللوائح، فإن التزامهما بالاطلاع على التشريعات والقوانين واللوائح التي تنظم عمليات البناء والتشييد هي أحد متطلبات الوفاء بالالتزام بالإعلام والتبصير المقرر

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاول البناء، المرجع السابق، بند 27، ص 48 .

(2) د. عادل السنجقلي، المرجع السابق، ص 72.

لمصلحة صاحب العمل وإن وظيفة المهندس الإستشاري والمقاول تقتضي أن يكونا على إطلاع بالقيود القانونية وتنظيمات البناء[1].

وعلى ذلك فإن المهندس الإستشاري الذي يعد تصميماً لمنشأ، يكون مسؤولاً إذا لم يراع عند وضعه لهذا التصميم القيود والاشتراطات التي تنظم عمليات التشييد التي تفرضها القوانين والقرارات الخاصة بذلك[2].

بضوء ما تقدم فإن المهندس الإستشاري إذا ما قدم تصاميم معيبة يترتب عليها تهدم البناء المشيد كلياً أو جزئياً، أو يهدد متانة البناء وسلامته، أو جعله غير صالح للغرض الذي أقيم من أجله فإن النتيجة المنطقية والقانونية لذلك، فإن المهندس الإستشاري يسأل عنها، طبقاً لأحكام المسؤولية الخاصة بالضمان المعماري عن هذه العيوب التي تضمنها تصميمه ولأنه كان قد التزم مع صاحب العمل بتحقيق نتيجة.

2- هل يظل المهندس الإستشاري ضامنا لعيوب تصميمه، ولو لم يكلف بالإشراف والرقابة على التنفيذ ؟

يجمع الفقه المصري ممن تعرض لهذه المسألة، على الإجابة على هذا التساؤل بالإثبات[3] ولعل سنده في ذلك، هو عموم نص المادة 652 من القانون المدني المصري[4] التي تقضي بإنه " إذا أقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم، من دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم " ويمكن أن يستدل في هذا النص، على أن مسؤولية المهندس المعماري، عن العيوب التي تلحق بالبناء أو المنشأ الثابت الآخر، والتي يكون مصدرها ما وضعه من تصميمات معيبة حتى

(1) د. أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 73.

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عن المقاولة، المرجع السابق، بند 100، ص 115..

(3) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، ج7، بند 66، ص 119، د. محمود جابر الدوري، المرجع السابق، ص 212، د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، هامش 96، ص 61.

(4) تقابلها المادة (871) قانون مدني عراقي.

لو لم يكلف بالرقابة والإشراف على التنفيذ، وهذا في الحقيقة قول منطقي يتفق مع الواقع، إذ لا يمكن لأحد أن يتحمل هذه المسؤولية.

3- مدى مسؤولية المقاول الذي أقتصر دوره على التنفيذ عن عيوب التصميم الذي وضعه المهندس الاستشاري المكلف بوضعه من قبل صاحب العمل ؟

طبقاً لقواعد الاختصاص المهني في مجال تشييد العقود الهندسية، فإن المهندس الاستشاري يختص في وضع التصاميم والمخططات اللازمة للمشروع، بينما يختص المقاول بتنفيذها، فإذا ما أتت هذه التصاميم عيوب تؤدي إلى تهدم البناء المشيد كلياً أو جزئياً، وتهدد متانة البناء فإن مسؤولية المقاول تترتب عن هذه العيوب، إلى جانب المهندس الإستشاري واضع هذه التصاميم والمخططات لقد تعددت الآراء حول هذا الموضوع، فرأي يعفيه من المسؤولية تماماً، ورأي ثاني يحمله المسؤولية دائماً،والرأي الثالث متوسط في الأمر بين هذا وذاك وفيما يأتي عرض هذه الآراء[1].

أنصار الرأي الأول: يقررون أنه متى كانت التصاميم والمخططات موضوعة بمعرفة المهندس الإستشاري، وهو صاحب الاختصاص الأصيل بها، والمسؤول عنها، فليس للمقاول الغير متخصص في مثل هذا الأمر، أن يعترض عليها أو أن يضعها موضع التدقيق والمراجعة وإلا كان من شأن ذلك أن يؤخر العمل، ويعيق تقدمه، ويثير الحساسية بين المهندس الإستشاري والمقاول.

وعلى ذلك فما دام المقاول قد نفذ بكل دقة وأمانه وأخلاص ما أوكل إليه تنفيذه من تصاميم ومخططات، كما وردت إليه، متبعاً في ذلك كل تعليمات المهندس الإستشاري وأوامره، سواء منها ما يتعلق بكيفية التنفيذ، أو ما أختص منها باستخدام

---

(1) د. عبد الرازق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص 743، وما يليها.

د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص 77.

د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 115.

المواد اللازمة له، فإذا ما حدث وحصل تهدم في البناء وقبل انتهاء مدة الضمان المعماري، تهدماً كلياً أو جزئياً، أو ظهر عيب نتيجة أخطاء أو عيوب في التصميم فإن المقاول لا يكون مسؤولاً عن شيء في ذلك، وتكون المسؤولية كاملة تقع على عاتق المهندس الاستشاري وحده، الذي قدم هذا التصميم المعيب.

أما أنصار الرأي الثاني: فيقررون أنه وإن كان حقاً أن على المقاول أن يخضع لأوامر المهندس الإستشاري، وينفذ تعليماته بكل دقة وأمانه، إلا أنه قبل كل شيء ملتزم بأن يسلم صاحب العمل المنشأ بموجب الشروط والمواصفات المطلوبة وخالياً من كل العيوب، مع الأخذ في الاعتبار أن صاحب العمل قد أعطى المهندس الاستشاري توكيلاً لتشييد أبنية غير معيبة والحال أن المقاول رجل مهني ومحترف في صناعة البناء والتشييد وفي غالب الأحيان قد يكون أكثر خبرة في أعمال البناء وإدارته من المهندس الإستشاري نفسه، فهل يقبل برجل كهذا خبير في مجال صنعته أن ينفذ عملاً يعلم أنه معيب وبدون أعتراض أو إيقاف العمل، ويؤدي ذلك إلى إضرار صاحب العمل الذي لصالحه قرر المشرع أحكام هذه المسؤولية الخاصة في الضمان المعماري لذلك، كان لابد من القول بمسؤوليته دائماً عن الأضرار الناتجة عن عيوب التصميم الذي يضعه المهندس الإستشاري.

أما أصحاب الرأي الثالث: فقد نادوا بالتوسط في الأمر والموازنة فيه، بدون إفراط فلا إعفاء دائماً ولا مسؤولية أبداً، ولذلك فهم يقررون، أن المقاول لا يسأل عن تهدم أو تعيب في البناء الذي شيده، أو المنشأ الثابت الآخر الذي أقامه، عندما يكون قد نفذ بكل دقة وأمانه التصاميم والمخططات التي وضعها المهندس الاستشاري، ولكن الحكم لا يكون كذلك، إذا كانت هذه التصاميم واضحة وظاهرة العيب، كما لو كانت مخالفة لقواعد وأصول صناعة البناء والتشييد، التي لا يمكن أن يجهلها مثل هذا المقاول المجرب والتي لابد أن يكتشفها من الوهلة الأولى، ففي مثل هذه الحالة وأمثالها مما يمكن قياسها عليه، ولكي يعفى المقاول من أية مسؤولية يكون سببها عيب في التصميم هذا، لابد أن

يخطر المهندس الإستشاري وصاحب العمل بما اكتشفه من عيوب أو أخطاء في التصميم، فإذا وجد أن المهندس الإستشاري غير موافق لما أبداه من ملاحظات، تطلب منه أن يعطيه أمراً خطياً بتنفيذ التصميم، بكل دقة، وبما هو عليه، على الرغم مما أبداه المقاول عليه، وأحاطه صاحب العمل علماً بذلك.

الفرع الثالث

أسباب تعود لعيوب في المواد الإنشائية المستخدمة في العمل

قد يتضمن عقد المقاولة قيام المقاول بتقديم المواد الإنشائية التي يتطلبها العمل، أو أن يقوم صاحب العمل بذلك، وسواء قام صاحب العمل بتقديم المواد الإنشائية أو قام المقاول بتقديمها فإن المقاول ملزم بإستخدام مواد مطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد[1]. ومن الضروري التفريق بين فرضين لبحث مسؤولية المقاول عن استعماله مواد إنشائية معيبة أو مخالفة للمواصفات المتفق عليها.

الفرض الأول: المقاول هو الذي يقدم مواد البناء.

عندما يتعهد المقاول بتقديم مواد البناء كلياً أو جزئياً فعلية أن يقدمها خالية من العيوب ومطابقة للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، فإذا أخل بإلتزامه وقدم مادة معيبة فعلية ضمانها، لأنه في هذه الحالة يترتب عليه ما يترتب على البائع من ضمان العيوب الخفية في المبيع[2]. ويتحمل المقاول مسؤولية مخالفة مواصفات المواد المستعملة والمقدمة من قبله كما لو كان الاتفاق على تركيب رخام وقام بتركيب بلاط عادي أو كان الاتفاق على استعمال الإسمنت المقاوم للإملاح في خلطة الخرسانة أو خلطة البناء إلا أنه استخدم الأسمنت العادي، أو كان الاتفاق على استعمال خشب

(1) المادة (866) من القانون المدني العراقي تنص على "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لصاحب العمل، تقابلها الفقرة الأولى من المادة (783) من القانون ا لمدني الأردني، وتقابلها أيضا المادة (648) في القانون المدني المصري.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، فقرة 57، ص 98.

صاج إلا أنه استعمل خشباً رديئاً... إلخ وعلى هذا فإن المقاول ملزم بمراعاة وتطبيق شروط العقد ومواصفاته فيما يختص بمواد البناء فإذا لم يتضمن العقد مواصفاته معينة وجب عليه أن يختار مواد تفي بالغرض المقصود من البناء مستفاد مما هو ظاهر من طبيعته أو الغرض الذي أعد له[1].

وإذا لم يتضمن العقد مواصفات معينة ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو في أي طرف آخر التزم المقاول أن يقدم مادة من صنف متوسط في الجودة[2].

فإذا اكتشف صاحب العمل أن المقاول استعمل مادة معيبة في عملية البناء وكان إصلاحها غير ممكن جاز له طلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى أما إذا كان الإصلاح ممكن جاز له طلب الإصلاح خلال مدة معقولة، فإذا لم يقم المقاول بالإصلاح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة السماح له بتكليف مقاول آخر بإتمام العمل وإصلاحه على حساب المقاول الأول وطبقاً لشروط المقاولة وفي جميع الأحوال يضمن المقاول عيوب المواد المستعملة كضمان البائع للعيوب الخفية وعليه تعويض صاحب العمل عن تلك العيوب إذا لم يتمكن من إصلاحها، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض بدل الأصلاح إذا كان في ذلك إرهاق للمقاول ولم يصب صاحب العمل من إجراء ذلك ضرر جسيم[3].

أما إذا كانت المواد التي استعملها المقاول في عملية البناء مخالفة لمواصفات الجودة المتفق عليها بمقتضى العقد فإن المقاول ملزم بتبديل تلك المواد المخالفة بمواد

---

(1) الفقرة الأولى من المادة (447) من القانون المدني المصري تنص على أنه " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أوإذا كان بالمبيع عيب ينقص في قيمته أو من نفعة بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهرة من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده ".

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة،المرجع السابق، فقرة 151، ص 116.

(3) الفقرة الثانية من المادة (355) من القانون المدني الأردني.

أخرى مطابقة للمواصفات الفنية والشروط التعاقدية إذا كان ذلك ممكنا، أما إذا كانت المواد المخالفة للمواصفات قد استعملت في العناصر التأسيسية للمنشأ كما في حالة استخدام حديد تسليح رديء وغير مطابق للقياسات والأحجام المطلوبة في الأسس أو الأعمدة الحاملة للبناء أو في السقوف المسلحة، فإن صاحب العمل في هذه الحالة له، الحق أن يطلب فسخ العقد وفي كلتا الحالتين يحق لصاحب العمل طلب التعويض من المقاول عما أصابه من ضرر.

ويبقى حق صاحب العمل قائما في مواجهة المقاول وبالاستناد لأحكام المسؤولية العقدية في حالة قيام المقاول بالغش في استعمال المواد أو في إخفاء مواد معيبة عن صاحب العمل بطريقة الاحتيال أن يضمن المقاول عيوب المادة التي استعملها في البناء ولو لم يكن عالماً بوجودها لأن التزامه بتقديم المادة هو إلتزام بتحقق نتيجة وهي أن تكون تلك المادة خالية من العيوب ومطابقة للمواصفات الفنية المتفق عليها في العقد.

الفرض الثاني: صاحب العمل هو الذي يقدم مواد البناء:

إذا كان صاحب العمل هو الذي يقدم مواد العمل[1]، فإن المقاول ملزم بفحصها ومطابقتها للمواصفات المطلوبة قبل استعمالها، فإذا أكتشف أن تلك المواد غير مطابقة للمواصفات وجب عليه أن يخطر صاحب العمل بذلك وأن يبين له عيوبها، وتأثيرها على البناء لو تم استعمالها.

فالمقاول لما له من خبرة ودراية بأعمال البناء والتشييد فإنه ملزم بالإهتمام بمواد البناء وعليه أن يبذل كل جهده ومعرفته في سبيل معاينتها والتأكد من سلامتها من

(1) الفقرة الأولى في المادة (867) في القانون المدني العراقي نصت على "إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استعمالها وأن يؤدي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد ما يلي منها فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قلة كفايته الفنية التزم برد قيمته لرب العمل" تقابلها المادة (783-2) في القانون المدني الأردني، والمادة (649-1) من القانون المدني المصري.

العيوب فإذا لم يقم بذلك وبذل عناية الرجل المعتاد فإنه لا يكـون مـسؤولاً عـن عيـوب مادة البناء إذا كانت في الخفاء بحيث لم يستطع كشفها[1] .

أما إذا أهمل المقاول فحص المادة ومعاينتها أو تعمد استعمالها على الـرغم ممـا فيها من عيوب واكتشف صاحب العمل ذلك يكون لهذا الأخير مطالبته بفسخ العقد مع التعويض أو إصلاح العمل خلال مدة معقولة مع التعويض عن أي ضرر يلحق به.

ومسؤولية المقاول عن عيوب المواد التي قام بتوريدها إلى العمـل تـستمر قائمـة حتى وإن كان المهندس الإستشاري قـد فحـص هـذه المـواد طبقـاً لواجبـه في الإشـراف والرقابة على التنفيـذ وأجـاز اسـتخدامها فهـذا لـيس مـن شـأنه أن يعفـي المقـاول مـن المسؤولية وأن كان قد أضاف إليه مسؤولاً آخر هو المهندس الاستشاري ليس عن عيوب المواد ذاتها ولكـن عـن تقـصيره في واجـب فحـصها[2] علـى أنـه يجـب علـى المهنـدس الإستشاري أن يرفض قبول المواد سـواء أكانـت مقدمـة مـن صـاحب العمـل نفـسه أم المقاول الذي يرى أنها غير مطابقة للمواصفات التي أعدها المهندس الإستشاري المصمم، وإلا كان مسؤولاً إلى جانب المقاول عن قبوله لهذه المـواد الغـير صالحة،لاسـيما إذا أدى استعمالها إلى حدوث تهدم كلي أو جزئـي في البنـاء أو المنشأ الثابـت الآخـر،أو إلى أي عيب يهدد متانة البناء وسلامته أو جعله غير صالح للهدف الذي شيد من أجله[3].

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابق، المرجع السابق، هامش(4) ص73.

(2) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص 770.

(3) د. عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 765.

الفرع الرابع
أسباب تعود لعيوب في التنفيذ

يلتزم المقاول بأن ينجز البناء بالطريقة المتفق عليها، وطبقاً للشروط والمواصفات الواردة في العقد، فإذا لم يكن هناك شروط وجب إتباع العرف وأصول صناعة التشييد[1].

والتنفيذ في عقود التشييد يشتمل على عمليتين منفصلتين، عملية ذهنية وعملية مادية.

أما العملية الذهنية فهي التي يختص بها المهندس الإستشاري الذي يضع التصاميم والمواصفات وكراسة الشروط اللازمة التي يوضح فيها بيان كيفية تنفيذ الأعمال والأسلوب الواجب إتباعه طبقاً لقواعد وأصول الصنعة وبما يتفق والقوانين واللوائح المنظمة بهذا القدر من القواعد والتعليمات إذ يسهم المهندس الإستشاري في عملية التنفيذ، ليس هذا فحسب، بل أنه يسهم أيضاً في الجانب المادي منها وذلك بالإشراف عليه ومراقبته من خلال زياراته المتكررة في مواعيد مختلفة، والاختبارات التي يجريها على الأعمال المنفذة فضلاً عن ذلك فله أن يطلب من المقاول إصلاح الأعمال التي تم تنفيذها بشكل معيب ولو أدى ذلك إلى هدمها وإعادة بنائها كل ذلك لكي يضمن سير عملية التنفيذ في الإطار الذي حدده فيها وطبقاً لما وضعه لها من قواعد وتعليمات ووفقاً لما تقضي به قواعد الفن وأصول الصنعة وما تقرره القوانين واللوائح المنظمة لذلك. وبناء على ذلك فإذا أخطأ المهندس الإستشاري في شيء من ذلك كله وترتب على خطئه هذا خطأ في العملية المادية للتنفيذ وحدث من جرائه تهدم كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت الآخر أو تهديد في متانته وسلامته، أو أصبح غير صالح

(1) د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، فقرة 59، ص 99.

للغرض الذي أنشأ البناء من أجله فإن المهندس الإستشاري يكون بناء على ذلك مسؤولاً طبقاً لأحكام المسؤولية الخاصة(1).

فإذا أهمل المهندس الإستشاري في الإشراف والرقابة على أعمال التنفيذ، كما هي في حالة إهماله عمل الاختبارات والقياسات اللازمة للكشف عن عيوب التنفيذ سواء فيما يتعلق بالجانب النظري أو العملي فيه، أو سمح بإجراء تغييرات في الأعمال عما هو متفق عليه في العقد بدون الأخذ بموافقة صاحب العمل المسبقة على ذلك أو من خلال أعطائه الموافقة للمقاول على استخدام إجراءات أو وسائل جديدة في التنفيذ، تختلف عن تلك المتفق على إتباعها في العقد، وقد أدى نتيجة إتباعها أن أصبحت الأعمال غير صالحة لما خصصت له(2).

على أن مسؤولية المهندس الإستشاري عند إخلاله في القيام بواجبه في عملية التنفيذ سواء أكان من جانبها النظري أم العملي وعلى ما سبق بيانه ليست مسؤولية احتياطية لمسؤولية المقاول عن عملية التنفيذ وإنما هي مسؤولية أصلية، أساسها عدم وفائه بإلتزاماته العقدية من عدم وضع تصاميم أو مواصفات فنية خالية من العيوب أو

(1) المادة (871) من القانون المدني العراقي تنص على '1- إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، يكون مسؤولاً عن العيوب التي أتت في التصميم بدون العيوب التي ترجع إلى طريقة التنفيذ، وأذا عمل المقاول بإشراف مهندس معماري أو بإشراف صاحب العمل الذي أقام نفسه مقام المهندس المعماري، فلا يكون مسؤولاً إلا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي في الغلط أو عدم التبصر في وضع التصميم 2- وإذا كان كل من المهندس المعماري والمقاول مسؤولاً عما وقع في العمل في عيب، كان متضامنين في المسؤولية' تقابلها المادة (652) من القانون المدني المصري، والمادة (1789) من القانون المدني الأردني.

(2) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص777.

إهماله في الإشراف والرقابة على عملية لتنفيذ، على خلاف مقتضى العقد المبرم بينه وبين صاحب العمل[1].

خلاصة ذلك أن المهندس الإستشاري يبقى مسؤولاً أيضاً في عملية التنفيذ التي تعد حجر الزاوية في مهنيه المقاول، بل هي كل مهنته، لذا يعد مسؤولاً أصلياً عن تمام سلامتها وحسن أدائها وليس مسؤولاً احتياطياً، وهذا يبين بوضوح أهمية الدور الذي يلعبه المهندس الإستشاري في مجال التشييد والبناء. ومن خلال الخبرة العملية والعلمية للباحث، إذ أن أهم الأعمال التي يقوم بها المهندس الإستشاري في مجال الإشراف والرقابة على الأعمال تشمل ما يأتي:

1-المشاركة في لجنة استلام الموقع ومحضر الاستلام.

2- مراقبة أعمال الإنشاء ومتابعة تنفيذ التصاميم والمواصفات حسب مستندات العقد.

3- متابعة طلبات الفحص (site inspection) اليومية المقدمة من المقاول للبنود المختلفة.

4- القيام بتوجيه تعليمات الموقع (site instruction) إلى المقاول، بالملاحظات الفنية الجارية للأعمال ومتابعة إصلاحها أن وجدت.

5- مراقبة الجودة (gudlity control) من خلال متابعة الفحوصات المختبرية وتحديدها للمقاول ومتابعة نتائجها وتوصيات المختبر المعتمد.

6- مراقبة المخططات التنفيذية (shop drawings) للأعمال المختلفة واعتمادها مع الملاحظة الفنية الواجبة وذلك خلال أسبوعين من التقديم أو حسب العقد.

7- متابعة نسب الإنجاز حسب البرنامج المنفذ الفعلي على الطبيعة ومدى تناسبه مع البرنامج الأمني للمشروع (Time schedule) والمعتمد من قبل المهندس الاستشاري المصمم والمقدم من المقاول باستخدام برامج الحاسوب (primavera or

(1) د. عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 778.

ms.project) ومتابعة تقارير البرامج في ضوء العمل المنفذ لضبط سير العمل زمنياً ومطابقته مع العقد المبرم.

8- متابعة المقاول في تقديم المواد (material submittals) لاعتمادها على أن تشمل جميع الكتالوجات الفنية اللازمة مع توفير عينات أو نماذج مناسبة لحفظ المعتمد منها كمرجع.

9- تقديم تقارير أسبوعية أو نصف شهرية أو شهرية إلى صاحب العمل تبين حالة سير الأعمال وتقدمها والوضع المالي المنصرف والمتبقي والتوثيق الفوتوغرافي مع تقديم التوصيات اللازمة.

10- التأكد من تحقق المقاول تقدما فعالاً فيما يتعلق بقواعد السلامة العامة، ومتطلبات وثائق المشروع وتقارير تقدم العمل.

11- مراجعة المطالبات المالية الشهرية للمقاول أو الدفعات المستحقة والتأكد من مطابقتها لنسب الإنجاز الفعلي على الطبيعة مع ما قد تم تقديمه في ضوء شروط العقد وتحرير شهادات الصرف لصاحب العمل payment certificate.

12- مراجعة ومناقشة المطالبات (claims) المقدمة من المقاول ومناقشته فيها وأعداد التوصيات اللازمة من حيث أحقيته في أوامر التغيير (change order) أو أية مبالغ إضافية يستحقها.

13- متابعة أوامر التغيير (سواء السالبة أم الموجبة) والموافق عليها من قبل صاحب العمل ومراجعتها واعتمادها.

14- متابعة المقاول في عمل التأمينات المختلفة اللازمة حسب بنود العقد، ومتابعة تقديم الضمانات المصرفية ومواعيد تجديدها أن لزم الأمر.

15- متابعة حفظ وثائق المشروع الجارية في ملفات محاضر الاجتماعات وتقارير العمالة اليومية ومعدات العمل والتقارير المختبرية والمخططات المعتمدة والخطابات المتبادلة بين الأطراف.

16- تحضير وإدارة الاجتماعات الموقعية الأسبوعية أو نصف الشهرية وحسب الضرورة لضمان حسن سير الأعمال وتحديد المسؤوليات لإنجاز ومتابعة توصيات الاجتماع.

17- متابعة المقاول في تقديم المخططات كما نفذت (as Built) للأعمال المختلفة بنهاية المشروع.

18- بعد إنهاء المقاول لجميع أعمال المشروع، يتم إعداد لجان الاستلام الابتدائي (preliminary handing orer) بالتنسيق مع صاحب العمل والمقاول وإعداد قوائم الملاحظات (deficincies list) ومتابعة إصلاحها من قبل المقاول.

19- مراجعة إنهاء ملاحظات الاستلام الابتدائي حسب قوائم الملاحظات.

20- متابعة المقاول في تقديم دليل التشغيل الخاص بالمشروع والذي يشمل على مواصفات المواد والمعدات التي تم توريدها و تركيبها وكذلك الكتالوجات الفنية مع ضمانات حسن التنفيذ وفهرس بأسماء جميع مقاول الباطن بالمشروع.

21- إصدار شهادة الاستلام الإبتدائي.

هذا عن دور المهندس الإستشاري في عملية التنفيذ الذي قد يتصوره البعض ثانوياً فيها، أما عن المقاول فالتنفيذ هو جل دوره في مجال التشييد والبناء أن لم يكن كله فإذا ما وضع المهندس الإستشاري بكراسة الشروط نسباً معينة لمكونات الخرسانة المسلحة، تعين على المقاول تنفيذ العمل بذات النسب المحددة لا زيادة ولا نقصان، كذلك إذا رسم المهندس الإستشاري خططاً معينة لتنفيذ جزء من البناء بهذه المواد وجب على المقاول إتباع ذات الخطط بدون تغيير في أسلوب الخطة، كذلك فيما يتعلق بتركيب الأعمال أو الأجزاء منها أو العناصر التجهيزية لها، التي يوردها الصناع والذي

يترتب على المقاول أن يلتزم بذات الطريقة والبيانات المحددة من صناع هذه المواد أو الأشياء[1].

وعلى ذلك فإن عدم إتباع المقاول للمواصفات الموضوعة من قبل المهندس الإستشاري سوف يؤدي في النهاية إلى إنعقاد المسؤولية الخاصة عليه.

وإذا رأى المقاول أثناء التنفيذ، ضرورة تعديل في بعض الفقرات الإنشائية أو ضرورة تعديل في نسب الخلطات الخرسانية مثلا بما يتماشى وطبيعة التربة أو طبيعة المواد نفسها أو ضرورة تعديل أو تغيير في كيفية الأستخدام ذاتها فإن كان عليه في غير حالة الاستعجال التي قد لا تتحمل تأخير الحصول على موافقة خطية من المهندس الإستشاري المصمم للمشروع أو المشرف على التنفيذ، أن يحصل على موافقة صاحب المشروع[2].

وأول ما يتعين على المقاول قبل البدء في التنفيذ هو الاطلاع على التصاميم والشروط والمواصفات الفنية وكل ما يتعلق بالتنفيذ من معلومات وبيانات موضوعة من قبل المهندس الإستشاري، أو من قبل صاحب العمل إذا كان خبيراً في فن البناء والتشييد وذلك للوقوف على ما تحويه هذه الوثائق من أساليب وأسس وتعليمات يتعين عليه إتباعها في عملية التنفيذ وطبقاً للأصول الفنية.

أما فيما يتعلق بالعملية المادية في التنفذ والتي يتمثل فيها الدور المنوط بالمقاول القيام به في تنفيذ المشروع، فمن المتصور أن الخطأ فيها يمكن أن يكون في حالات ثلاث[3]، الخطأ في تنفيذ التصميم أو الخطأ في استخدام المواد أو الخطأ في أداء أعمال التنفيذ الأخرى.

---

(1) د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص 783.

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 70، ص 90.

(3) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص 116.

أولاً: الخطأ في تنفيذ التصميم:

يجب على المقاول أن يتبع بدقة التصاميم الموضوعة من قبل المهندس الإستشاري المصمم وخروجه عن شيء من ذلك من دون موافقة مسبقة من هذا الأخير أو من صاحب العمل يعد خطأ منه يستوجب مسؤوليته(1).

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية بما يأتي "لئن كان الأصل أن المقاول الذي يعمل بإشراف صاحب العمل الذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري لا يسأل عن تهدم البناء أو عن العيوب التي يترتب عليها متانة البناء وسلامته إذا كان ناشئاً عن الخطأ في التصميم الذي وضعه صاحب العمل إلا أن المقاول يشترك في المسؤولية مع صاحب العمل إذا كان على علم بالخطأ من التصميم واقره، أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب"(2).

ثانياً: الخطأ في استخدام المواد:

المقاول ملزم بإتباع الطرق الصحيحة في استخدام المواد الإنشائية في أعمال البناء والتي تمليها الشروط والمواصفات الفنية المتعاقد عليه فضلاً عن ذلك أصول الصنعة والفن المعماري وعلى ذلك يتعين عليه أن يتبع في استخدام هذه المواد التعليمات التي يضعها المهندس الاستشاري لهذا الغرض وينفذها بكل دقة وأمانة، سواء ما تعلق منها بالكمية أو بطريقة التنفيذ(3).

---

(1) د. محمد جابر الدوري، المرجع السابق، ص 199.

(2) محكمة النقض المصرية، 120 لسنة 30، في 21/1/1965، المكتب الفني 16، منشور في رسالة ماجستير المقدمة من عادل عبد العزيز عبد الحميد، إلى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، فلسطين، 2007، ص 46.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المصدر السابق، بند45، ص 858.

ثالثاً: الخطأ المتمثل في عدم إتباع التعليمات والأوامر أو مخالفة قواعد الفن المعماري وما تقضي به القوانين واللوائح المنظمة.

يتعين على المقاول إتباع كل التعليمات وأوامر المهندس الإستشاري المشرف على التنفيذ والمتعلقة بهذه العملية طالما لم يتبين فيها خطأ أو قصوراً أو مخالفة لقواعد الفن المعماري أو لما تقضي به القوانين واللوائح كل ذلك في حدود إمكانياته وقدراته فإن تبين شيئاً في ذلك كان عليه أن يراجع المهندس الإستشاري واضع هذه التعليمات، ليتفقا معاً على وجه الصواب في الأمر على أن يكون رائده في ذلك تحقيق الهدف الأمثل والسعي لتحقيق الصالح العام، وليس مجرد تأخير المشروع وعليه أن يراعى في إجراء التنفيذ كل ما تقضي به أصول الصنعة وبطريقة تتفق مع حسن النية وما تفرضه القوانين واللوائح المنظمة لهذا النوع من النشاط وما تصدره الجهات الإدارية المختصة من تعليمات في هذا الخصوص ومخالفة المقاول لما تقدم أو غيره مما يتعلق بهذا الموضوع يوقعه تحت طائلة المسؤولية المدنية أو الجنائية.

ولا يجوز للمقاول الإستناد إلى عدم كفاية الإشراف والرقابة في جانب المهندس الإستشاري لعملية التنفيذ للقول بإستبعاد مسؤوليته عن الأخطاء التي يرتكبها في التنفيذ.

ذلك أن دور المقاول لا ينبغي عليه أن يكون سلبياً في عملية التنفيذ، مستنداً على إشراف ورقابة المهندس الإستشاري فقط، فهو ليس مجرد آلة في يد هذا الأخير، فضلاً عن ذلك فإنه يعمل مستقلاً تماماً عنه، وهذه من أهم خصائص عقد المقاولة الذي يعمل بمقتضاه المقاول[1].

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابق، المرجع السابق، بند 37، ص66– 67.

د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاول البناء، المرجع السابق، بند 89، ص 215 وما بعدها.

د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 70، ص 89–90.

والتزام المقاول هنا هو التزام بتحقيق نتيجة فلا يكفيه القول أنه قد قام بتنفيذ العمل المكلف به، وإنما عليه أن يثبت أن هذا التنفيذ قد تم طبقا لما هو منصوص عليه في العقد من شروط ومواصفات ومتفقا مع قواعد الفن المتبعة في هذا الخصوص وغير مخالف لما تقتضي به القوانين واللوائح المنظمة ويكفي صاحب العمل أن يثبت عدم مطابقة تنفيذ المقاول لشيء من ذلك حتى يعد هذا الأخير مخلاً بالتزامه، بدون حاجة إلى إثبات خطأ أو تقصير من جانبه، فإن مخالفة ما تقدم، أو غيره مما يوجبه الاتفاق أو الأصول الراسخة للمهنة هي الخطأ بذاتها، وعلى ضوء ذلك فلا يستطيع المقاول إبعاد المسؤولية عن نفسه بعد ذلك إلا بإثبات السبب الأجني[1].

المبحث الثاني
الشروط الشكلية - شرط المدة -

حدد المشرع المصري مدة للضمان في المادة (651) من القانون المدني تقابلها المادة (870) مدني عراقي، والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني بعشر سنوات تسري اعتباراً من تسلم العمل، كما حدد لدعوى الضمان مدة سقوط في المادة (654) مدني مصري قدرها ثلاث سنوات بينما حدد المشرع العراقي والسوداني هذه المدة بسنة واحدة فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة (870) من القانون المدني العراقي على أن "تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المدة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب" وهو ماقضت به الفقرة الثالثة من المادة (387) من قانون المعاملات المدنية السوداني. يظهر من النصوص السابقة إن مدة الضمان التي قررها القانون هي لغرض اختبار متانة البناء وسلامته وليست مدة تقادم[2].

(1) د محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 114، ص 139.

(2) القانون المدني المصري، نص في المادة (654) على "تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات وقت حصول التهدم او انكشاف العيب" وقد حذا المشرع السوداني حذو المشرع العراقي

والغرض من ذلك هو أن المشرع في الدول قيد الدراسة رأى ضرورة أن تكون هناك مدة يظل خلالها المهندس والمقاول متضامنين بما شيداه ومسؤولين عما أقاماه من أبنية ومنشآت أخرى ثابتة لمدة تكفي لان يظهر خلالها العيوب التي قد تؤدي إلى تهدمه كليا أو جزئيا أو تهدد متانة البناء وسلامته أو تجعله غير صالح للغرض الذي شيد من اجله.

والهدف من ذلك هو حث كل من المهندس والمقاول إلى بذل أقصى الجهود الممكنة والعناية اللازمة لضمان حسن تنفيذ الأعمال وجعلهم حريصين على مراعاة الدقة وإتباع القواعد الفنية المعمارية لكي يكون ماشيدوه من بناء أو منشآت ثابتة سليمة ومتينة وخالية من كل عيب ولذلك تترتب على اعتبار مدة الضمان مدة اختبار لصلابة البناء ومتانته وليست مدة تقادم، ومن ثم يترتب عدم إخضاعها لما يخضع له التقادم من وقف أو انقطاع، ومن ثم لا تكون مدة عشر سنوات التي حددها القانون، عرضة لان توقف[1].

ولبيان الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري ودعوى الضمان لموقف كل من القانون العراقي والمصري والسوداني والأردني سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين على النحو الآتي:

المطلب الأول: موقف القوانين للدول العربية قيد البحث.

المطلب الثاني: دور الإرادة في تعديل قواعد المسؤولية المعمارية.

عندما حدد في الفقرة الثالثة من المادة (387) وهي سنة واحدة من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم، وقد أخذ بذلك المشرع الأردني.

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 159، ص167.

المطلب الأول
موقف القوانين المدنية للدول العربية قيد البحث

أولاً: موقف القانون العراقي

ميز القانون المدني العراقي بين مدة قيام مسؤولية الضمان العشري والتي حددتها المادة (870) بعشر سنوات إعتباراً من وقت إتمام العمل وتسليمه لصاحب العمل، عن التهدم الكلي أو الجزئي الذي يصيب المباني والمنشآت الثابتة الأخرى من دون أن تتعرض لذكر العيب الذي من شأنه تهديد متانة البناء وسلامته، وبين مدة تقادم دعوى المسؤولية التي حددتها بسنة واحدة اعتباراً من وقت التهدم، وهذا يعني أن الفقرة الأولى من المادة (870) من القانون المدني العراقي كانت توجب إقامة الدعوى خلال مدة سنة واحدة اعتبارا من تاريخ حصول التهدم الذي جعلته أمراً قائماً بذاته تبدأ مدة التقادم بمجرد حصوله بدون أن تجعل بدء سريان هذه المدة يستند إلى وجود عيب في البناء أو غير ذلك. وقد عبرت محكمة تمييز العراق في قرار لها حول الموضوع إذ نصت على أن: "........ النص اشترط لهذا الضمان إقامة الدعوى بالضرر خلال سنة من وقت التهدم بمعنى إن النص جعل من واقعة التهدم أمراً قائماً بذاته ولم يضف هذه الواقعة إلى أمر آخر، أي لم يجعل واقعة التهدم مستندة على عيب أو غيره بل بمجرد حدوث التهدم اوجب إقامة الدعوى خلال سنة من حصوله.....الخ"[1].

ثانيا: موقف القانون المصري

أما القانون المدني المصري فقد حدد مدة الضمان العشري الوارد ذكرها في المادة (651) منه والمحددة بعشر سنوات اعتباراً من تسلم العمل وقد أخذت به الفقرة (3) من المادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني وليست من تاريخ إنجاز الأعمال الذي أخذ به المشرع العراقي، إذ عدّ هذه المدة على أنها اختبار لصلابة البناء ومتانته

(1) قرار محكمة تمييز العراق، رقم 24 / هيئة عامة اولى / 1972، بتاريخ 9/12/1972 نقلا عن د محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس، المرجع السابق، ص195 – 196.

وليست مدة تقادم تنقطع أو توقف في حالة وجود مانع يمنع صاحب العمل من المطالبة بحقه كأن يكون غير كامل الأهلية وليس له نائب يمثله[1] وبين مدة تقادم المسؤولية التي حددتها المادة (654) من القانون المذكور ثلاث سنوات تبدأ من وقت حصول التهدم الكلي أو الجزئي أو من وقت انكشاف العيب وإذا ظهر العيب خلال المدة القانونية التي تقوم فيها مسؤولية المهندس أو المقاول وسارع صاحب العمل إلى اخطار المقاول أو المهندس بظهور هذا العيب، أما في حالة سكوته بعد ذلك وعدم مطالبته بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء ظهور العيب لا يعد نزولا منه عن التعويض مادام باب الدعوى مفتوحا أمامه بسبب عدم انقضاء مدة التقادم[2].

ثالثاً: موقف القانون السوداني

حدد المشرع السوداني مدة الضمان المعماري في الفقرة الثالثة من المادة (386) من قانون المعاملات المدنية بعشر سنوات من وقت تسلم الأعمال عن التهدم الكلي أو الجزئي الذي يصيب المباني والمنشآت أو عن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته وبين مدة تقادم دعوى المسؤولية التي حددتها الفقرة الثالثة من المادة (387) من القانون المذكور بسنة واحدة على حصول التهدم أو اكتشاف العيب.

رابعاً: موقف القانون الأردني

أخضع المشرع الأردني البناء والمنشآت لأحكام المسؤولية الخاصة بالمهندس والمقاول، فقد جاء ذلك في نص المادة (788-1) من القانون المدني: "... كانا متضامنين

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح احكام القانون المدني، ج7، فقرة 67، ص 123.
(2) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 159، ص167.

في التعويض عما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني، أو أقاماه من منشآت[1].

ويلاحظ هنا أن المشرع الأردني أورد عبارة "أو أقاماه من منشآت" بدون أن يسبقها بكلمة ثابتة على غرار ما فعلت التشريعات الأخرى، كالقانون المصري مادة (651) والقانون العراقي مادة (870)، وهذا يعيب نص القانون المدني الأردني، لكون شرط الثبات ركناً أساسياً لخضوع البناء والمنشآت على حد سواء لأحكام المسؤولية الخاصة، وتضمن النص على مدة اختبار متانة الأبنية والمنشآت وهذه المدة هي عشر سنوات.

فضلاً عن ذلك أورد المشرع في القواعد الخاصة للمسؤولية العشرية مدة سنة واحدة للتقادم من تاريخ ظهور العيوب في الأبنية كما جاء في المادة (788) من القانون المدني، واشترط أن تكون العيوب التي تصيب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى تهدد متانة البناء وسلامته.

من خلال ما تقدم يظهر إن المشرع في الدول قيد الدراسة أراد من مدة الضمان العشري ومدة تقادم دعوى الضمان حماية صاحب العمل الذي يكون جاهلا بمهنة البناء والتشييد لذلك أراد أن تكون هناك مدة معينة يظل خلالها المهندس والمقاول متضامنين بما شيداه وأقاماه من بناء ومنشآت ثابتة أخرى، لذلك قرر بما يأتي:

- **مدة الضمان المعماري (العشري) تؤدي وظيفتان:**

أ-الوظيفة الأولى: هي مدة أختبار متانة البناء والمنشآت الثابتة الأخرى وسلامتها من التهدم الكلي أو الجزئي وعن جودة تنفيذ الأعمال وصلاحيتها للغرض الذي شيدت من اجله فهي إذن مدة تقادم وليست مدة سقوط ويقصد بذلك إن هذه

(1) وقد أخذ قانون المعاملات المدنية السوداني بهذا الحكم إذ نصت المادة (386 -1) على ما يأتي "........ كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل عما يحدث في خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت........".

المدة هي مدة سقوط، ينبغي أن يحدث خلالها الضرر حتى يشملها الضمان، وليست مدة تقادم ويعني ذلك أنه إذا انقضت هذه المدة بدون حصول تهدم كلي أو جزئي أو عدم تهديد متانة البناء وسلامته من أي عيب فان ذلك يؤدي إلى براءة ذمة المهندس والمقاول نهائياً.

ب- **الوظيفة الثانية:** التي تؤديها تحديد مدة لرفع دعوى الضمان، إذ أن دعوى الضمان يجب رفعها خلال مدة عشر سنوات من تاريخ تسلم العمل، والتي من المتوقع أن تظهر فيها عيوب البناء أو يحدث تهدم جزئي أو كلي، ومعنى ذلك أنه في حالة ظهور العيب أو التهدم في اليوم الأخير من السنة العاشرة، فان الضمان يغطيه لكن دعوى الضمان لايجوز سماعها في اليوم التالي لأنها تكون قد سقطت بالتقادم.

ويلزم هنا التمييز بين مدة الضمان، ومدة دعوى الضمان[1].

1- **مدة الضمان:** هي تلك المدة التي ارتأى المشرع ضرورة وجودها بغرض اختبار متانة البناء وسلامته، أو خلوه من أية عيوب تؤدي إلى تهدمه، أو تهدد متانته وسلامته أو تجعله غير صالح للغرض الذي أُنشئ من أجله، وقد قدرها المشرعون في كل من مصر والعراق والسودان والأردن كما سبق أن رأينا، بعشر سنوات يظل خلالها المهندس المعماري والمقاول مسؤولين عما يحدث في البناء والمنشآت الثابتة الأخرى التي شيداها من تهدم كلي أو جزئي، أو العيب المعتد به قانوننا بحيث لا تنتهي مسؤوليتهما هذه إلا بعد انتهاء تلك المدة.

2- **مدة دعوى الضمان:** هي المدة التي فرض المشرع على صاحب العمل أن يبادر فيها برفع دعواه أمام القضاء، إذا ما حدث بالمباني أو المنشآت الثابتة الأخرى التي أقامها المهندس والمقاول تهدم كلي أو جزئي أو ظهور عيوب تهدد متانتها وسلامتها أو يجعلها غير صالحة للغرض الذي أُنشئت من أجله، بحيث إذا ما حدث هذا أو ظهر ذاك خلال مدة الضمان، ولم يقم صاحب العمل برفع دعواه حتى وإن انتهت هذه

(1) د. عمرو طه بدوي، ضمان الالتزام في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص (365-366).

المدة سقط حقه في مطالبتها بعمل التصليحات المطلوبة أو دفع التعويضات اللازمة ومدة تقادم دعوى الضمان نص عليها المشرع المصري في المادة (654) من القانون المدني "تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب"[1].

وقد استقرت أحكام النقض المصرية على ذلك إذ قضت بأن نطاق الضمان المقرر به بنص المادة (651) من القانون المدني المصري ليس قاصراً على ما يعيب البناء من تهدم كلي أو جزئي بل تشمل أيضاً ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد متانته أو سلامته ولم تكن مؤديه في الحال إلى تهدمه[2]. أما بالنسبة للضرر الذي يشترطه الضمان لأعمال اثاره من حيث المسؤولية، فالأصل أن الضرر الذي يدخل في نطاق أعمال المسؤولية لابد أن يكون راجعاً في أصله إلى عيب في البناء ويشترط الفقه شرطان لإقامة المسؤولية:-

الشرط الأول: أن ينطوي العيب على درجة من الخطورة من شأنها أن تهدد المبنى من حيث المتانة أو الأساس[3].

---

(1) الفقرة الرابعة من المادة (870) من القانون المدني العراقي التي قضت بماياتي "تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب" وكذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة (387) من قانون المعاملات المدنية السوداني بما يأتي "لا تسمع دعوى الضمان بعد انقضاء سنة على حصول التهدم او اكتشاف العيب".

(2) محكمة النقض المصرية رقم 1847 لسنة 59 ق جلسة:1/ 11/ 1993،اذا قضت المحكمة بما يأتي "أن الاصل في المسؤولية عن الضمان أن يكون المهندس والمقاول مسؤولين على درجة التضامن عن هذه العيوب لما انها ناشئة عن تنفيذ البناء وهو مسؤولية تقوم على خطأ مفترض في جانبها وترتفع هذه المسؤولية عنها با ثبات قيامها بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والاصول الفنية المرعية، وان العيب الذي اصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما.

(3) د.محمد شكري سرمد، مسؤولية مهندسي ومقاول البناء، المرجع السابق ص 212.

الشرط الثاني: أن يكون العيب غير ظاهر، أي خفي فإذا كان العيب ظاهراً بحيث يمكن كشفه بالفحص العادي المعتاد فإن صاحب العمل إن قبل وتسلم المبنى من دون أن يبدي أي اعتراض أو ملاحظة بشأنه يعد تنازلاً منه عن الضمان ويقع على صاحب العمل عبء اثبات توافر شرط العيب الخفي في المبنى وكذلك إثبات أن هذا العيب لم يظهر إلا بعد التسلم النهائي للأعمال.

وان كان بعضاً من الفقه يرى أنه لا يشترط أن يكون العيب خفياً طالما أنه يهدد سلامه البناء ومتانته، والتسليم لا يكفي لتغطية العيب الظاهر لأن أقسام الضمان من النظام العام فلا يجوز لصاحب العمل النزول عن حقه في الضمان[1] .

المطلب الثاني
دور الإرادة في تعديل قواعد المسؤولية المعمارية

من القواعد العامة في القانون أن لسلطان إرادة الأطراف الحرية في إبرام العقود وترتيب أثارها ولها الهيمنة على بعض التصرفات القانونية... إلاّ أن القانون كثيراً ما يتدخل للحد من هذه الإرادة وتقييدها حماية للمصلحة العامة أو لمصلحة خاصة تستوجب الحماية، فعندما تقتضي الاعتبارات الاقتصادية أو الاجتماعية حماية مصلحة معينة، فإن المشرع يتدخل فيضع قواعد آمرة تعد من النظام العام الغرض منه الحد من سلطان الإرادة وقوتها التي يتمتع بها الأطراف، وفي مجال بحثنا في مسؤولية المهندس والمقاول وفقاً للقواعد الخاصة إن المشرع تدخل وحدد سلطان إرادة المتعاقدين بقواعد آمرة تعد من النظام العام بحيث لا يجوز مخالفتها إذ أن مخالفتها تعد مخالفة باطلة وعليه سوف نبحث هذا الموضوع وكما يأتي:

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 107.

أولاً: الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المعمارية.

ثانياً: عدم جواز الإعفاء أو الحد من الضمان المعماري.

ثالثاً: جواز تشديد الضمان المعماري أو النزول عنه بعد تحقق سببه.

أولاً: الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية المعمارية

يتميز الضمان العشري المنصوص عليه في المواد (870) مدني عراقي، (651) مدني مصري، و(386) معاملات مدنية سوداني، والمادة (790) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه" ويفهم من ذلك أن المشرع جعل مسؤولية المهندس والمقاول من النظام العام، فمن المعروف أن القواعد العامة تجيز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم قيامه بتنفيذ التزامه التعاقدي،فقد نصت المادة (256-2) من القانون المدني العراقي على ذلك بالآتي " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا التي تنشأ من غشه أو عن خطأ جسيم..... "[1] والضمان بوجه عام عدا الضمان المعماري لاتعد أحكامه من النظام العام، فيجوز حسب الأصل الاتفاق على مايخالفه أي يجوز تشديده، أو تخفيفه، أو إلغائه باتفاق خاص[2] إلا أن المشرع في الدول قيد الدراسة قد خرج على ذلك الأصل في شأن المسؤولية المعمارية، ويستفاد من نص المادة (870) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على أن "..... يكون باطلا كل شرط يقصد به الإعفاء أو الحد من هذا الضمان" وكذلك نص المادة (653) من القانون المدني المصري والتي تنص على أن " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " وكذلك

(1) يقابلها المادة (217-2) من القانون المدني المصري، والمادة (120-1) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(2) د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، المرجع السابق، ص370.

نص المادة (387-2) والتي نصت على أن يُقع باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه" يتبين من خلال هذه النصوص بطلان الاتفاق من المسؤولية المعمارية.

وقد يحدث أن يتنازل المقاول الأصلي لمقاول آخر من الباطن عن جميع إلتزاماته في العقد بما يشتمل عليه من حقوق وإلتزامات، فيحل المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي، فيصبح هو المقاول المسؤول تجاه صاحب العمل[1]، هنا يبرز تساؤل عما إذا كان ذلك يعفي المقاول الأصلي من جميع إلتزاماته القانونية تجاه صاحب العمل بما فيها العيوب التي تظهر في البناء والتي تؤدي إلى التهدم الكلي أو الجزئي للبناء بعد إنجازه وتسلمه من قبل صاحب العمل؟

ذهب البعض[2] إلى أن المقاول من الباطن يصبح هو المدين بجميع التزامات المقاول الأصلي نحو صاحب العمل، وهو الدائن بجميع حقوق المقاول الأصلي بعد أن يختفي دوره ولا يعود له شأن في المقاولة التي انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المقاول من الباطن.

وهناك من يرى غير ذلك[3] ويعد موافقة صاحب العمل على تنازل المقاول الأصلي عن عقد المقاولة لمقاول آخر تنازل بمنزلة شرط إعفاء المقاول من المسؤولية تجاه صاحب العمل أو الحد منها، لذلك فإن المقاول الأصلي يظل مسؤولاً بالتضامن مع المقاول من الباطن عن جميع العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته بعد إنجاز العمل وتسلمه من قبل صاحب العمل.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح احكام القانون المدني، ج7، فقرة 117، ص 207.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 117، ص 208.

(3) د. محمد جابر الدوري / مسؤولية المهندس والمقاول عن المباني والمنشآت الثابتة الأخرى بعد انجاز العمل وتسليمه لصاحب العمل، المرجع السابق، ص276.

وقد قضت المادة (882) من القانون المدني العراقي بالآتي:

"1- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل في جملته أو جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون إلى كفايته الشخصية.

2- في هذه الحالة يبقى المقاول الأصلي مسؤولاً نحو صاحب العمل عن المقاول الثاني".

ونرى مما تقدم أن المشرع قد تشدد مع المقاول الأصلي ولم يحمل المقاول الثاني أية مسؤولية مع أنه أصبح مسؤولاً عن الإلتزامات التعاقدية بعد تنازل المقاول الأصلي بموافقة صاحب العمل، فمن الطبيعي في هذه الحالة أن يكون هو المسؤول عن العيوب والأضرار في البناء التي تظهر بعد تسلم الأعمال من قبل صاحب العمل، ولكن إذا ثبت أن المقاول الأصلي قصد من التنازل التهرب من المسؤولية وإلقائها على عاتق المقاول الثاني عندئذ ينبغي أن يكون مسؤولاً بالتضامن مع المقاول الثاني تجاه صاحب العمل.

ثانياً: عدم جواز الإعفاء أو الحد من الضمان المعماري

مقتضى نص المادة (870) من القانون المدني العراقي إن كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان، ما لم يكن العيب من العيوب التي يشملها الضمان وانكشف وقت إبرام الطرفين لهذا الشرط، يكون باطلا ولا يعتد به إذ لا يجوز نزول صاحب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه من الرجوع به، لان تسلم الأعمال حتى وإن كان نهائيا لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو المعروفة لصاحب العمل وقت تسلم الأعمال.

وقد قضت محكمة النقض المصرية ذلك في حكم لها أعلنت فيه "المادة 651 من القانون المدني تلزم المهندس المعماري والمقاول بضمان ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني وما يوجد فيها من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته وتنص المادة(653) منه بطلان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من هذا الضمان أو الحد منه فإن مقتضى ذلك إن كل شرط في عقد صلح قصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان، ما لم يكن قد انكشف وقت إبرامه من العيوب التي يشملها الضمان، يكون باطلا ولايعتد به، إذ لا يجوز نزول صاحب العمل مقدما وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه في الرجوع به، ولما كان ذلك إقرار صاحب العمل في عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولا بحالته الظاهرة التي هو عليها ليس من شأنه أيضاً أن يعفي المهندس المعماري والمقاول من ضمان العيوب التي كانت خفية وقت تسليم العمل، ولم يكن صاحب العمل يعلمها، لان التسليم لو كان نهائيا، لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو المعروفة لصاحب العمل وقت التسليم، فإن الحكم المطعون فيه إذا تم تعميمه فجعل الاتفاق الذي تضمنه الصلح معفيا للمهندس المعماري والمقاول من ضمان كافة العيوب، ما كان ظاهرا منها وقت الصلح أو خفيا، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه "[1] كما ويمتد البطلان ليشمل كل اتفاق من شأنه أن يخفف أو يحد أو يضيق من نطاق الضمان وعلى هذا يعد باطلا كل اتفاق يكون من شأنه إنقاص مدة الضمان أو يجعله قاصرا على بعض الأعمال أو بعض العيوب، وكذلك يبطل الاتفاق الذي يقصر الضمان على المهندس والمقاول أو يتطلب إثبات الخطأ من جانب كل منهما حتى يمكن الرجوع بالضمان فكل هذه الاتفاقات أياً كانت صورها تعد باطلة لمخالفتها للنظام العام[2] ويستطيع صاحب العمل أن يرجع

(1) محكمة النقض المصرية، بتاريخ 1967/4/13، س 127، 18، نقلا عن د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 177-178.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص178-179.

بالضمان كاملا حتى في حالة وجود أي اتفاق مسبق للإعفاء أو الحد من مسؤولية المهندس أو المقاول عن الضمان لسقوط هذا الاتفاق قانونا[1].

ولا يجوز الاتفاق على إنقاص مدة الضمان بجعلها أقل من عشر سنوات، لان مثل هذا الاتفاق يحد من الضمان[2] إلا أن القانون المدني المصري والعراقي أجازا إنقاص هذه المدة في حالة انصراف إرادة المتعاقدين إلى أن يبقى البناء مدة أقل من عشر سنوات[3]. ولكن القانون المدني الأردني لم يأخذ بهذا الاستثناء فقد قضت بذلك الفقرة الأولى من المادة (787) منه والتي نصت على أنه إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل كل ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت. وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول.....".

ونرى إن ما ذهب إليه القانون المدني الأردني هو الأفضل، وذلك لأن المهندس والمقاول قد يتفقان مع صاحب العمل على بقاء البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى مدة أقل لا تكفي لمدة اختبار البناء ومتانته وهو ما أجازه المشرع في القانون المدني المصري والعراقي، ولكن هل نستطيع أن نضمن عدم تهدم البناء ضمن هذه المدة التي اتفق عليها المتعاقدين كأن تكون خمس سنوات فقط،لذلك يظل الاحتمال قائماً أن تسقط في وقت يؤدي إلى حدوث أضرار، ليس صاحب العمل فقط بل لغيره، ومن هنا الأسلم أن لا

(1) د. نبيل عبد البديع يحيى، القانون والمهندس، المرجع السابق، ص163.

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 120،ص145.

(3) تنص المادة (870) من القانون المدني العراقي على 1-يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه من مباني او أقاموا من منشات ثابتة اخرى.... ما لم يكن المتعاقدان قد اراد ان تبقى هذه المنشات مدة أقل من عشر سنوات.... ويقابل هذا النص في القانون المدني المصري المادة (651-1).

يكون مثل هذا النص لكي يقوم المهندس والمقاول بإنشاء بناءٍ متينٍ في جميع الأحوال وعدم التهاون فيه، نظراً لاتفاقهم مع صاحب العمل على بقاء البناء والمنشآت الثابتة الأخرى مدة أقل من عشر سنوات.

ثالثاً: جواز تشديد الضمان المعماري أو النزول عنه بعد تحقق سببه

الضمان بوجه عام عدا ضمان المهندس والمقاول لا تعد أحكامه من النظام العام، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها، أي يجوز تشديدها أو تخفيفها أو النزول عنها باتفاق خاص، أما ضمان المهندس والمقاول وهو الضمان الخاص فتعد أحكامه من النظام العام وفق نص المادة (653) من القانون المدني المصري "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه"[1] فكل اتفاق يضمن به صاحب العمل الحصول على ضمانات أو شروط من شأنها زيادة التزامات المقاول والمهندس العقدية يكون صحيحا بما في ذلك تشديد أحكام الضمان المعماري، وبناء على ذلك يمكن لصاحب العمل الاتفاق مع المقاول أو المهندس على زيادة مدة الضمان لأكثر من عشر سنوات أو على أن يتحمل المقاول أو المهندس تبعة التهدم الناتج عن الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو أن يشمل الضمان العيوب الظاهرة[2]، وتنشأ الحاجة لمثل هذا التشدد من قبل صاحب العمل في المشاريع الكبيرة التي يكون عمرها الافتراضي طويلا نسبيا مثل الجسور والسدود الكبيرة والمصانع والمحطات النووية وغيرها من المنشآت المهمة التي تكون الدولة هي صاحبة العمل[3] كما يجيز البعض الاتفاق على أن يكون المهندس ضامنا للمقاول كذلك قضي في فرنسا بجواز أن يتعهد

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح احكام القانون المدني، الجزء السابع، فقرة 75 المرجع السابق، ص140.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص179.

(3) د. نبيل عبد البديع يحيى، القانون والمهندس، المرجع السابق، ص164.

المقاول في العقد المبرم بينه وبين صاحب العمل، بأن يتحمل وحده العبء المحتمل للمسؤولية العشرية، بصفته في آن واحد مقاول ومهندس. وبأنه لا يمنع أن ينص شرط في العقد على أن تحل مسؤولية المقاول محل مسؤولية المهندس في خصوص العيوب التي تنسب لهذا الأخير خلال مدة المسؤولية العشرية[1].

أما بخصوص جواز النزول عن الضمان، ففي هذه الحالة وبعد أن يتحقق سبب الضمان أي حدوث التهدم أو ظهور العيب، فإن صاحب العمل وقد تبين له العيب ووقف على حقيقته، وأنه يستطيع أن يتنازل عن التمسك بالضمان أو التصالح مع المهندس أو المقاول، فالضمان يعد حق له يدرك أبعاده وأهميته بعد ظهور العيب ومن ثم يمكنه النزول عنه صراحة أو ضمنا، ومن صور النزول الضمني، أن يقوم صاحب العمل بدفعه لأجر المهندس والمقاول كاملا بدون تحفظ منه، أو أن يقوم بإصلاح العيب بدون تحفظ وبدون إثباته للحالة مع عدم تحقق ضرورة الاستعجال في إصلاح العيب أو استلامه للمبنى بدون تحفظ سواء أكان استلاما فعليا أم حكميا أو كان الاستلام ضمنيا بحيازته الكاملة للمبنى واستعماله له أو تأجيره للغير[2] ولكن إذا ظهر العيب خلال مدة الضمان وقام صاحب العمل بإخطار المقاول به قبل مرور ثلاث سنوات من ظهور العيب وقبل انقضاء العشر سنوات من التسلم الابتدائي وطالبه بإصلاحه، فان سكوت صاحب العمل عن مطالبة المقاول بعد ذلك لا يعد نزولا منه عن الضمان[3].

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص318.

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص186.

(3) د. نبيل عبد البديع يحيى، القانون والمهندس، المرجع السابق، ص164.

الفصل الثالث

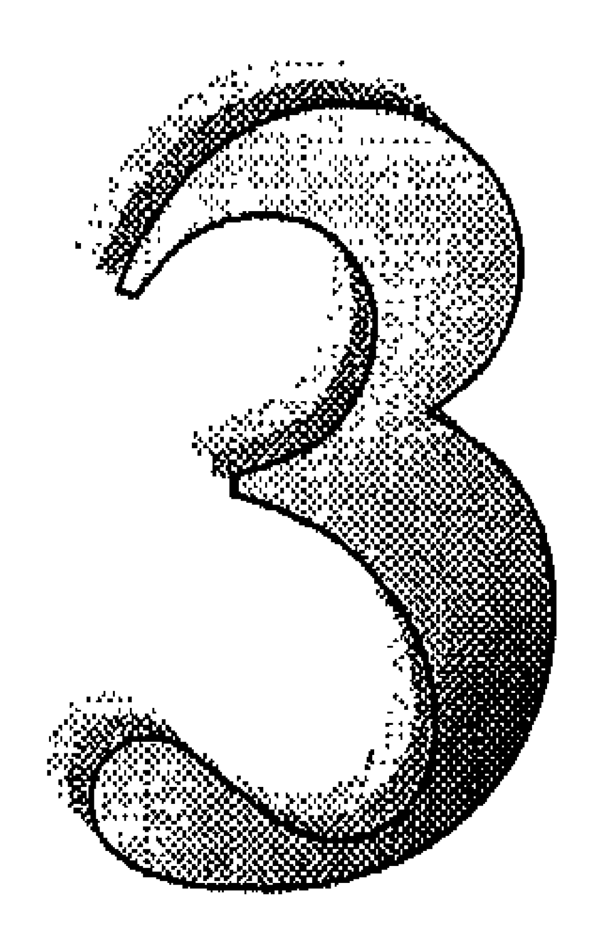
المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول أثناء مدة التنفيذ

المبحث الأول : المسؤولية عن حراسة الأشياء

المبحث الثاني : المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول في حالة استخدام الغش والطرق الاحتيالية

المبحث الثالث : المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول عن الخطأ الشخصي تجاه صاحب العمل

المبحث الرابع : مسؤولية المهندس والمقاول عن الخطأ المهني



الفصل الثالث

المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول

أثناء مدة التنفيذ

المسؤولية التقصيرية تنشأ عند الإخلال بواجب حدده القانون سلفاً لصالح جميع الناس في المجتمع، يقضي ذلك الواجب بأن يمتنع كل واحد عن إيذاء الآخرين، وأن الإخلال بهذا الواجب يكون سبباً لدعوى قضائية للمطالبة بتعويض غير محدد، يمكن أن تحدده المحكمة المختصة بعد سماع الدعوى. من الأصول الثابتة في الشريعة الإسلامية أنه لا ضرر ولا ضرار، فكل من ارتكب فعلاً أضر به غيره سواء أكان هذا الفعل عمداً أو إهمالاً، أو نتيجة خطأ، يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب الغير، ويعد من أضر غيره مقصراً في حق ذلك الغير، ومقصراً في حق المجتمع القائم على حماية حقوق المجتمع، وقد سميت المسؤولية الناشئة عن الفعل الضار مسؤولية تقصيرية، لأن مرتكبها يكون مقصراً عن مستوى الحيطة والحذر اللذين يفرضهما القانون عليه، وتمييزاً لها عن المسؤولية العقدية.

والمسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية قوامها تعويض الضرر، إلاّ أن المسؤولية العقدية تختلف عنها في أن الضرر الذي تستهدف تعويضه ينشأ عن إخلال بالتزام عقدي أي مصدره العقد، لذلك فهي تفترض توافر الشروط الآتية:-

- وجود عقد صحيح بين الطرفين قبل وقوع الضرر.
- أن يخل احد الطرفين بأي من التزاماته التعاقدية.
- أن يسبب هذا الإخلال أضرار للطرف الآخر نفسه أو لخلفه.

أما المسؤولية التقصيرية فلا تتطلب الإخلال بالتزام تعاقدي، ومن ثم فهي تتحقق بدون أن يكون هناك عقد بين الطرفين، وعلى الرغم من التشابه بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية من حيث الطبيعة، إلا أن هناك اختلافا جوهريا بينهما من حيث

المصدر، فمصدر المسؤولية العقدية هو الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد، بينما مصدر المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني يتمثل في عدم الإضرار بالغير، وتترتب على المسؤولية التقصيرية النقاط الآتية:-

- التعويض:- يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية كل الأضرار التي نشأت عن العمل غير المشروع الذي تسبب فيها الشخص المسؤول، سواء أكان ضررا متوقعا أم غير متوقع[1].
- المسؤولية تضامنية:- إذا تعدد المسؤولون في المسؤولية التقصيرية كانوا متضامين في التزامهم في دفع التعويض.[2]
- تقادم دعوى التعويض:- مدة التقادم في الدعوى عن المسؤولية التقصيرية هي بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر من قبل الشخص المسؤول عنه.[3]

ويثور تساؤل حول إمكانية الجمع بين دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد، المسؤولية العقدية،والضرر الناتج عن الإخلال بواجب القانون المسؤولية التقصيرية في قضية واحدة؟ هناك ما يشبه التضارب في السوابق القضائية، فمنها ما رأت أنه لا يمكن الجمع بين المسؤوليتين في قضية واحدة، ومنها ما رأت غير ذلك، ومتابعة بعض السوابق قد توضح ذلك أو قد تشير إلى أن كل قضية كانت تحكم وفقاً لوقائعها وظروفها، وأنه لا توجد قاعدة عامة تقول بالجمع بين المسؤوليتين أو عدمه.

(1) المادة (259-2) من القانون المدني العراقي،تقابلها المادة (221-2) مدني مصري.

(2) المادة (169) من القانون المدني المصري.

(3) المادة (171) من القانون المدني المصري.

فقد قضت المحكمة العليا في السودان بالآتي[1]: إن العلاقة بين المدعي والبنك علاقة تعاقدية وليست علاقة مسؤولية تقصيرية، لأن المدعي قد أسس دعواه على إخلال البنك بالتزامه التعاقدي بالتصرف في أمواله المودعة في حسابه بدون إخطاره أو موافقته، وكان على محكمة الاستئناف مناقشة عناصر المسؤولية العقدية، والتأكد من حقيقة الإخلال وحدث الضرر، وعما إذا كان متوقعاً عند إبرام العقد وتوافر السببية بين الخطأ العقدي والضرر، بدلاً عن التطرق لأحكام لا تمت إلى موضوع الدعوى بأي صلة، فالبنك بوصفه شخصاً اعتبارياً يسأل مسؤولية شخصية إذا كان الخطأ قد صدر عن ممثله القانوني أو من وكيله، وذلك بمقتضى مسؤولية المتبوع عن الأخطاء التي يرتكبها موظفوه غير الممثلين له قانوناً إذا كان خطأ التابع قد وقع أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها.

ويلاحظ أن المحكمة لم تبين شيئاً عن احتمال وجود المسؤولية التقصيرية مع المسؤولية العقدية، لأن المدعي لم يؤسس دعواه على المسؤوليتين معاً... ولكنها لم تقل إن المسؤوليتين لا تجتمعان في قضية واحدة كنتيجة لفعل أو خطأ واحد.

لا خلاف في كل ما سبق، ولكن الخلاف في كيف نكيف هذا التمييز بين المسؤوليتين، هناك من يقول بوجوب التمييز بينهما لوجود فروق هامة بينهما توجب هذا التمييز، وهناك من يرى أن لا فرق بين المسؤوليتين وهم أنصار وحدة المسؤولية[2]:

1- أنصار ازدواج المسؤولية: إذ أن وجهة نظرهم أن هناك اختلافات مهمة تتطلب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومن هذه الاختلافات ما يأتي:

(1) المحكمة العليا في السودان، مجلة الأحكام القضائية لسنة 2003، ص162، مشار إليه في عبيد حاج علي، المسؤولية التقصيرية تجربة السودان، بدون دار نشر، الخرطوم، 2010، ص35.
(2) عبيد حاج علي، المسؤولية التقصيرية، بدون دار نشر، الخرطوم، 2010، ص ص 36-37.

أ- من حيث الأهلية: المسؤولية العقدية تتطلب شرط الرشد، أما في المسؤولية التقصيرية، فالشخص غير المميز يمكن أن يكون محلاً للمسؤولية وينوب عنه وصيه أو وليه.

ب- من حيث الإثبات: على الدائن أن يثبت وجود العقد، وعلى المدين أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ج- ضرورة الأعذار في المسؤولية العقدية إلا في حالات استثنائية، ولا أعذار في المسؤولية التقصيرية.

د- في المسؤولية العقدية: يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع الحصول، أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أي ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع.

ه- التضامن: لا يثبت في المسؤولية العقدية إلا بالاتفاق، أما في المسؤولية التقصيرية يثبت بدون اتفاق.

و- الإعفاء: يجوز الإعفاء في المسؤولية العقدية بوجه عام عن طريق الإقالة، ولكنه لا يجوز في المسؤولية التقصيرية إلا في حالات محددة.

ز- التقادم: تختلف المدة التي يسقط بعدها الحق في المسؤوليتين، ففي المسؤولية العقدية بانقضاء خمس عشرة سنة، أما في المسؤولية التقصيرية بانقضاء ثلاث سنوات في علم المضرور بحدوث الضرر.

2- أنصار وحدة المسؤولية: يذهب رأيهم إلى عدم وجود فرق بين المسؤوليتين، فكلتاهما جزاء لالتزام عقدي أو قانوني، وتقوم المسؤولية عند الإخلال بهذا الالتزام فهما تتحدان في السبب والنتيجة، فإن طبيعتهما واحدة فلا مكان للتفريق بينهما.

وفيما يتعلق بمسؤولية المهندس والمقاول أو صاحب العمل، فهي مسؤولية عقدية يحكمها العقد المبرم، إلا أن المهندس أو المقاول، قد يسأل تقصيرياً كما في حالة الغش، وقد يسأل بوصفه حارساً للبناء أو بوصفه حارساً للأشياء.

ومن ثم مبدأ مؤكد أن أحد المتعاقدين يسأل قبل الآخر بأحكام المسؤولية التقصيرية عندما يرتكب خطأ خارجاً عن نطاق العقد، فضلاً عن ذلك فإن الشخص الثالث غير صاحب العمل يستطيع دائما أن يرجع على المهندس الاستشاري والمقاول وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، إذ أن الأضرار التي تنجم عن أعمال البناء أثناء مدة التشييد يسأل عنها المهندس الإستشاري أو المقاول إما بوصفه حارساً للبناء، وإما بوصفه حارساً للآلات والأدوات المستعملة في البناء، وإما على أساس الخطأ طبقاً للقواعد العامة، إلا أن صاحب العمل أو مالك البناء قد يسأل في الفرض الذي يكون هو الحارس لعملية البناء.

والغير المتضرر من جراء أعمال البناء أثناء مدة التنفيذ قد يكون أجنبياً عن أعمال البناء كالجيران والمارة، وقد يكون له صلة بالعملية كالمالك والقائمين على أعمال التشييد أنفسهم فيما يتعلق بطبيعة العلاقة فيما بينهم، أو يكون الغير من المستأجرين، فهؤلاء وإن ارتبطوا بعقود عمل أو مقاولة مع صاحب العمل أو المقاول إلا أنهم فيما بينهم يعدون من الغير.

ولغرض بحث المسؤولية التقصيرية للمهندس الاستشاري أو المقاول أثناء مدة التشييد، سوف نقسم هذا الفصل على أربعة مباحث وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: المسؤولية عن حراسة الأشياء.

المطلب الأول: مسؤولية المهندس والمقاول بوصفه حارساً على البناء.

المطلب الثاني: مسؤولية المهندس والمقاول بوصفه حارساً للآلات والمعدات.

المبحث الثاني: مسؤولية المهندس والمقاول في حالة الغش واستعمال طرق احتيالية.

المبحث الثالث: المسؤولية التقصيرية للمهندس أو المقاول عن الخطأ الشخصي تجاه صاحب العمل أو تجاه الغير.

المبحث الرابع: المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول عن الخطأ المهني.

المبحث الأول
المسؤولية عن حراسة الأشياء

يستقر القضاء في الدول قيد الدراسة على أن حراسة البناء أثناء مدة التشييد وقبل تسلمه من صاحب العمل أو المالك تنعقد إلى المهندس الاستشاري أو المقاول وبحسب الأحوال، إلى من يرتبط بالمالك بعقد مقاولة.

والمقصود بالحراسة هو السيطرة الفعلية على البناء إذا كان الشخص يسيطر لحساب نفسه أو لحساب مهنته ومن ثم يتصور أن يكون الحارس شخصاً آخر غير صاحب العمل أو المالك، وفي مقدمة هؤلاء الأشخاص الذي تتوافر لهم صفة الحراسة غير المالك،المهندس الاستشاري والمقاول قبل التسليم والتسلم للأعمال فالمهندس يضع التصميم ويشرف على التنفيذ، والمقاول يقوم بتشييد البناء بموجب التصميم الذي وضعه المهندس ومن ثم فلهما السيطرة الفعلية على البناء طالما أن العمل لم ينجز بعد ولم يتم تسليمه إلى صاحب العمل(1).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يأتي "أن الحراسة الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض لنص المادة (179) من القانون المدني إنما تتحقق بسيطرة الشخص على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه(2).

ويقصد هنا بالسيطرة الفعلية، القدرة على تملك زمام أعمال البناء بحيث يحافظ عليه من التهدم كليا أو جزئيا، ففي مرحل التشييد أو الترميم أو الصيانة بمعرفة المهندس أو المقاول، نجد أن هؤلاء هم الذين يملكون وحدهم السيطرة الفعلية على البناء فصاحب العمل لا يستطيع التحكم في البناء ومنعه من الانهيار وعلى ذلك فإن المسؤولية تقع على عاتق المهندس أو المقاول خلال مرحلة التشييد لأن أي منهما مستقل

---

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، بدون دار نشر القاهرة، 2010، ص 7.

(2) نقض مصري، 89 لسنة 38 ق، جلسة 11/12/1973، المالح 23، ص 243.

في عمله عن صاحب العمل وله كل الحرية في أن يتخذ وحده ما يراه لتنفيذ العمل بموجب العقد[1].

وقد تنتقل الحراسة إلى صاحب العمل بعد تسلمه البناء، إلا أنه يمكن أن يحتفظ بالحراسة أثناء مدة التشييد طالما كانت له سلطة السيطرة والتوجيه بالنسبة لعملية التشييد فهو الذي يشرف ويوجه العاملين لديه، والذين تربطهم به رابطة التبعية ومن ثم يسأل عنهم مسؤولية المتبوع عن عمل التابع. ويحدث هذا الفرض كثيراً في عقود التشييد مع العديد من المقاولين أو العمال أو الموردين وفي اختصاصات مختلفة وفقاً لطبيعة العمل وفي أكثر من مجال بهدف إتمام عملية البناء والتشييد تحت إشرافه ومراقبته، كما لو تعاقد مع مهندس مصمم لأعداد التصاميم المطلوبة، ومهندس آخر ليقوم بالإشراف والرقابة على تنفيذ الأعمال أو يتعاقد مع مقاول أو أكثر لإتمام كل منهم لجزء أو جانب من التشييد، فهؤلاء جميعاً تربطهم بصاحب العمل علاقة عمل وليست علاقة مقاولة بالمعنى الدقيق لهذا فأن حراسة البناء تظل لصاحب العمل.

وتتطلب دراستنا لمسؤولية المهندس الإستشاري أو المقاول بصفته حارساً للبناء أن ندرس فكرة حراسة البناء في مطلب أول ثم حراسة الآلات والمعدات في مطلب ثاني.

المطلب الأول

مسؤولية المهندس الإستشاري أو المقاول بوصفه حارساً للبناء

تقضي المادة (177) من القانون المدني المصري[2] بأن:

1- حارس البناء ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداما جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 35.

(2) تقابلها المادة (229) في القانون المدني العراقي مع اختلاف بالنص وكذلك المادة (295) في القانون المدني الأردني والتي جاءت مقاربة لنص القانون المدني المصري.

2- ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

يظهر من النص أن نية المشروع تتجه إلى إلقاء عبء المسؤولية على عاتق حارس البناء وليس على مالك البناء.

وتتمثل الحراسة في السيطرة الفعلية على البناء فيكون الحارس مكلفاً بحفظه وتعهده بالصيانة والإقرار بإنه ليس بناء قديماً ولا معيباً بحيث يهدد الناس بالخطر ويكون هو المتصرف في أمره سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أم بغير حق، أي سواء أكانت السيطرة شرعية أم غير شرعية ما دامت سيطرة فعلية قائمة[1].

نخلص من ذلك أن المشرع في الدول قيد الدراسة قد أخذ بفكرة عملية ومنطقية مؤداها أن المسؤول عن تعويض الضرر الذي يصيب الغير من جراء تهدم البناء كلياً أو جزئياً، هو حارس البناء ولو لم يكن مالكا له.

ومن ثم إذا تهدم البناء فأصاب الغير بالضرر فإننا لا نبحث عن صاحب العمل أو مالك البناء بصفته مالكا ولكننا نبحث عن الحارس للبناء وهذا الحارس قد يكون هو المالك أو غيره لكن فكرة الحراسة تفترق عن فكرة الملكية في حين أن النص المقابل في القانون المدني الفرنسي يقضي بأن مالك البناء يكون مسؤولاً عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً ما لم يثبت أنه ليس هناك إهمال في الصيانة أو عيب في التشييد، ومن ثم فإن المشرع في القانون المدني الفرنسي يقيم المسؤولية عن تهدم البناء على عاتق المالك، فيجعله حارسا بقوة القانون حتى ولو لم تتوافر في جانبه فكرة الحراسة فهي مسؤولية قائمة على الضمان المطلق[2].

(1) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 1504.
(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدفها، المرجع السابق، ص 7.

ويقصد بالبناء في مفهوم المادة (177) من القانون المدني المصري: مجموعة من المواد شيدتها يد الإنسان وجعلتها تتصل بالأرض اتصال قرار ويستوي في ذلك أن تكون هذه المواد من نوع واحد أو من عدة أنواع مختلفة سواء كانت من الخشب أو الحديد أو الحجارة أو منها كلها ويستوي كذلك الغرض في إقامة هذه المباني والشكل الذي تتخذه فإذا ما شيدت هذه المواد واستقرت على الأرض استقرار قرار، فإن المشرع يتدخل فيجعل شخصاً ما مسؤولاً عن تهدمه[1] في عقود التشييد تترتب على المهندس الاستشاري والمقاول مسؤولية عقدية أمام صاحب العمل عن تهدم المباني ولكنهما في الوقت نفسه يكونا مسؤولين مسؤولية تقصيرية وفقاً للمادة (177) من القانون المدني المصري[2] بصفته حارساً، متى كان الضرر قد لحق بالغير جراء تهدم البناء وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بالنص على "الأصل المقرر في القانون أن من يشترك في أعمال الهدم والبناء لا يسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصي، فصاحب البناء لا يعد مسؤولاً جنائياً أو مدنياً عما يصيب الناس من الأضرار الناتجة عن هدم البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة إلا إذا كان العمل جاريا تحت ملاحظته وإشرافه الخاص، فإذا عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل تحت مسؤوليته فهو الذي يسأل عن نتائج خطئه[3].

وعند مقارنة مسؤولية المالك بوصفه حارساً للبناء في القوانين المدنية العربية للدول قيد الدراسة مع القانون المدني الفرنسي، فإن المسؤولية في قوانين هذه الدول تقع على حارسه، بينما تكون في القانون الفرنسي تقع على عاتق المالك إذ تنص المادة (1386) منه على أن "مالك البناء يكون مسؤولاً عما يحدث تهدمه من الضرر إذا كان

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء السابق، المرجع السابق، ص 1213.
(2) تقابلها المادة (229) في القانون المدني العراقي، والمادة (290) في القانون المدني الأردني.
(3) نقض جنائي، 4 نوفمبر، 1964، المالح 19، ص 904، مشار إليه في د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 237.

هذا التهدم يرجع إلى نقص في الصيانة أو إلى عيب في البناء" فإن هذا النص يشدد من مسؤولية مالك البناء عما قررته القواعد العامة فمسؤولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض متى أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص في صيانة البناء أو إلى عيب فيه، ويفترض عندئذ افتراضا غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص في الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك.

ويظهر مما تقدم أن النصوص في القانون المدني للدول قيد الدراسة[1] تختلف عن النص الوارد في المادة (1386) في القانون المدني الفرنسي في أمور ثلاثة[2]:

1. يجعل المسؤولية على حارس البناء لا على مالكه، وهذا هو الذي يتماشى مع قواعد المسؤولية.
2. يشدد في المسؤولية أكثر مما يفعل القانون المدني الفرنسي، إذا لا يتطلب النص في قوانين الدول العربية قيد الدراسة أن يثبت المضرور إهمالاً في الصيانة أو قدماً في البناء أو عيباً فيه،بل حارس البناء هو الذي يثبت إهمال في الصيانة ولا قدم في البناء ولا عيب فيه.
3. يجيز اتخاذ إحتياطات وقائية إذا كان البناء مهدد بالسقوط، فلا ينتظر من كان مهدداً بضرر من جراء تهدم البناء فيطالب بالتعويض، بل يستطيع أن يطالب بإتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر قبل وقوعه.

(1) المادة (177) في القانون المدني المصري، المادة (279) في القانون المدني العراقي، المادة (290) في القانون المدني الأردني.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، بند 710، ص 1259، وما بعدها.

الفرع الأول

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن تهدم البناء

اختلف الفقهاء في كل من فرنسا والدول قيد الدراسة حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن تهدم البناء في نسبتها إلى مرحلة من المراحل الأربع التي مرت بها المسؤولية التقصيرية فهناك أخف درجات المسؤولية التقصيرية وهي القائمة على الخطأ الشخصي واجب الإثبات، تليها في القوة المسؤولية عن الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، ثم المسؤولية القائمة على الخطأ المفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس وأخيرا المسؤولية بقوة القانون والفرق بين المراحل الأربع يتمثل في الآتي[1]:

1- في المسؤولية القائمة على الخطأ الشخصي واجب الإثبات، في هذه الحالة يتطلب في الشخص المضرور أن يثبت خطأ المسؤول بالآتي:

أ- أن الضرر الذي أصابه نجم عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً.

ب- إن المدعي عليه هو حارس البناء الذي تهدم.

فإذا ما أثبت الشخص المضرور ذلك، كان على حارس البناء، لكي يدفع مسؤوليته عن طريق نفي الخطأ، أن يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو التقصير، أو قدم في البناء أو عيب فيه[2].

---

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص9 وما بعدها، د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 1217، وما بعدهما.

(2) أما في القانون المدني الفرنسي، فإن المضرور هو الذي يجب عليه أن، يثبت في جانب مالك البناء، إهمالاً في الصيانة أو عيباً في البناء فالإهمال في الصيانة أو العيب في البناء غير مفترض، بل يجب على المضرور إثباته وهو في القوانين المدنية للدول العربية قيد الدراسة مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس، وحارس البناء هو الذي يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى تقصيره، د.عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص1217.

فإذا لم يستطع إثبات ذلك أفترض القانون أمرين:

الأمر الأول: إن التهدم سببه إما إهمال في صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب فيه.

الأمر الثاني: إن هذا الإهمال أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ، حارس البناء، فهو الذي عد مقصراً بسبب عدم إجراءه الصيانة اللازمة أو عدم قيامه بالتصليحات المطلوبة أو حتى تجديده، فترتب على هذا التقصير تهدم البناء.

2- أما الدرجة الثانية للمسؤولية وهي الخطأ المفترض، هذا الخطأ المفترض في جانب حارس البناء له شقين، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال في صيانة البناء أو تجديده، والشق الثاني يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس.

والشق الأول في هذا الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس إذ يستطيع حارس البناء أن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالاً في صيانة البناء أو في تجديده أو تصليحه وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين: إما بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو تجديد أو تصليح بل كان الحارس قائما بواجبه كما ينبغي، وإما بإثبات أن التهدم كان ناتجاً عن عدم قيام حارسه بأعمال الصيانة أو التجديد، كحريق شب في البناء، أو متفجرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه، فإذا قام بإثبات ذلك، دفع عن نفسه الخطأ المفترض، ووجب تطبيق القواعد العامة، وترتب على المضرور أن يثبت خطأ في جانبه.

3-أما الدرجة الثالثة من المسؤولية وهي الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل العكس.

ويعد الإهمال في الصيانة أو التجديد أو التصليحات منسوبة إلى خطئه ولا يستطيع الحارس في هذه الحالة أن يدفع عنه المسؤولية إلا بنفي علاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذي وقع، بأن يثبت مثلاً زلزالاً كان هو السبب في التهدم وهذه هي القوة القاهرة أو أن شخصاً هو الذي خرب البناء وهذا هو خطأ الغير، أو أن المضرور

هو الذي منع حارس البناء من القيام بإعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور.

4- أما المرحلة الرابعة من مراحل المسؤولية التقصيرية فهي الأشد قوة والتي توفر أكبر قدر ممكن من الحماية للمضرورين وهي فكرة القاعدة الموضوعية، فيكون حارس البناء مسؤولاً بقوة القانون عن تعويض الضرر الذي يقع بفعل الشيء الذي هو تحت حراسته، بدون حاجة إلى إثبات الخطأ وبدون حاجة كذلك إلى نفي الخطأ أو التمسك بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

أما أساس المسؤولية الناشئة عن أنهيار البناء في القانون المدني العراقي فأساسها المادة (229-1) منه والتي نصت على لو "سقط بناء وأورث الغير ضررا فإن كان البناء مائلاً للإنهدام أو فيه عيب أدى إلى سقوطه وكان صاحبه قد نبه إلى ذلك، أو كان يعلم بحالة البناء أو ينبغي أن يعلم بها وجب الضمان".

المطلب الثاني
مسؤولية المهندس الإستشاري والمقاول عن حراسة الألات والأدوات

تقضي المادة (231) من القانون المدني العراقي بأن "كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام"[1].

وفي نطاق البناء توجد الآلات الميكانيكية كالمصاعد وأشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، كالأجهزة والأعمال الكهربائية وأجهزة التكييف والتدفئة والزجاج وخزانات المياه إلى غير ذلك من أشياء أن وجود هذه الآلات والأشياء في البناء يثير التساؤل حول مدى خضوعها للمادة (291) من القانون الأردني وما يقابلها في القانونيين المدنيين العراقي والمصري الخاصة بحراسة الأشياء، أم خضوعها لمسؤولية

---

(1) تقابل هذه المادة في القانون المدني المصري المادة (178)، والمادة (291) من القانون المدني الأردني.

حارس البناء وكيفية التوفيق بين أحكام هذين النوعين من المسؤولية[1].

إن المسؤولية التي رتبها المشرع في الدول قيد الدراسة في مواجهة حارس البناء أثناء مدة التشييد سواء كان الحارس هو المهندس أو المقاول أو مالك البناء، وإن كان هذا الأخير يستطيع الرجوع بعد ذلك إلى المهندس أو المقاول طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، فالمسؤول عن تهدم البناء هو الحارس، وغالباً ما يكون المهندس أو المقاول أثناء مدة التشييد طالما كانت له السيطرة الفعلية على البناء وبيده سلطه توجيه الأعمال وإدارتها لذلك فإن المادة (177) في القانون المدني المصري[2] الخاصة بمسؤولية حارس البناء وليست المادة (178) منه الخاصة بحراسة الأشياء إذا ما نشأ الضرر عن تهدم البناء أ ثناء أعمال التشييد أو الهدم، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية " الأصل المقرر في القانون أن من يشترك في أعمال الهدم والبناء لا يسأل إلا عن نتائج خطئه الشخصي، فصاحب البناء لا يعد مسؤولاً جنائياً أو مدنياً عما يصيب الناس من الأضرار الناتجة عن هدم البناء بسبب عدم إتخاذ الاحتياطات المعقولة إلا إذا كان العمل جاريا تحت ملاحظته وإشرافه الخاص فإذا عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل تحت مسؤوليته فهو الذي يسأل عن نتائج خطئه[3].

ويظهر مما سبق ذكره إن كل ما يستعمل في أعمال التشييد أما أن يكون آلآت وأما أن يكون أدوات وأشياء بحسب طبيعتها أو بحسب الظروف الموجودة بها تتطلب حراستها عناية خاصة ومن ثم يطبق عليه حكم المادة (178) من القانون المدني المصري، أي يسأل الحارس عن الأضرار الناجمة عنها ويكون خطأه مفترضاً على نحو لا

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 208.

(2) تقابلها المادة (229) من القانون المدني العراقي، والمادة (290) في القانون المدني الأردني، والمادة (149) من قانون المعاملات السوداني.

(3) نقض جنائي مصري، 4 نوفمبر 1964، المالح 19، ص 904، مشار إليه في د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 237.

يقبل إثبات العكس، إلا من خلال إثبات السبب الأجنبي[1]، إلا أن هناك فارق بين حكم المادة (177) والمادة (178) في القانون المدني المصري، فإن المضرور في تهدم البناء غير مطالب بالإثبات فخطأ حارس البناء مفترض لكن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس من قبل الحارس أما حكم المادة (178) الخاصة بحراسة الأشياء فإنها تعد أفضل للمضرور لأن الخطأ فيها مفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس[2].

الفرع الأول

شروط تحقق مسؤولية حارس الأشياء

يتضح من خلال نصوص المواد القانونية (178) مدني مصري، والمادة (231) مدني عراقي، والمادة (290) مدني أردني، أن هناك العديد من الشروط اللازمة توافرها لتحقيق مسؤولية حارس الأشياء والواقع أن الفقه والقضاء قد أستقر على هذه الشروط وأن كان البعض يحصرها في شرطين[3]. هما حراسة شيء يقتضي حراسته عناية خاصة أو حراسة الآلات ميكانيكية وأن يقع الضرر بفعل الشيء في حين أن البعض الآخر[4]، يضف شرطاً ثالثاً وهو أن يكون هناك حيوان أو شيء أو أن يوجد ضرر ما، والواقع إننا لا نرى ثمة اختلاف لأن هناك في الشروط البديهية التي لا يمكن قيام المسؤولية بدونها مثل اشتراط أن يكون هناك حيوان أو شيء فهو من الشروط التي لا يمكن قيام المسؤولية

---

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 38.

(2) نقض مدني مصري، أول مارس 1977، س 28، ص 591، طعن رقم 271، لسنة 45 قضائية، 9/ 2/ 1978م.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص941، د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مصادر الإلتزام، القاهرة، 2003، ص1650، وما بعدها.

(4) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 350.

ما دمنا أمام مسؤولية حارس الأشياء، أما بالنسبة للشرط الأول وهو الحراسة[1]. فالأصل أنها لا تثبت لشخص ما لمجرد وجود صفة تلحقه وتتصل بالشيء محل الحراسة ومن ثم فهي ليست للمالك أو الحائز أو حتى المنتفع بالشيء بل الحراسة تتطلب من حامل هذه الصفة السيطرة الفعلية على الشيء قصداً وإستقلالاً سواء أكان سند هذه السيطرة مشروع أم غير مشروع[2] لأن العبرة في الحراسة الموجبة للمسؤولية هي بسيطرة الشخص سيطرة فعلية لحساب نفسه[3].

فالأصل أن الحراسة التي تثير مسؤولية الحارس هي الحراسة الفعلية والتي استقر الفقه والقضاء على أن المقصود بها أن تكون للشخص على الشيء سلطة الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه لا لحساب غيره ويستوي في ذلك طبيعة السند الذي يدعم به الحراسة مشروعاً أم غير مشروع ومن خلال هذا التعريف يظهر أن للحراسة الفعلية عنصرين هما[4]:

1- العنصر المادي: ويعني أن يكون للشخص سلطة استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته، ولا يشترط في ذلك أن يكون الشيء تحت سيطرة الحارس المادية بل تعني أن الحارس عليه سلطات الاستعمال والتوجيه والرقابة ويقصد بالاستعمال هو سلطة الحارس في استخدام شيء لأي غرض سواء أكان ماديا أم أدبيا أما التوجيه فهذه

---

(1) نقض مدني مصري، رقم 3659 لسنة 69ق، جلسة 30/5/2000، والتي أستقر الحكم فيها على إن مفاد المادة (178) أن الحراسة على الأشياء الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لهذا النص إنما تتحقق بسيطرة الشخص الطبيعي أو المعنوي على الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه.

(2) د. عبد الناصر توفيق العطار، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 309.

(3) نقض مدني مصري، رقم 130 لسنة 45ق، جلسة 17/12/1978م.

(4) د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009، ص 312، وما بعدها

سلطة تحديد كيفية استعمال الشيء محل الحراسة ووقته أما الرقابة فهي تنطوي على سلطة فحص الشيء محل الحراسة وصيانته أو إصلاحه.

والمستقر عليه أنه يكفي في مجال إثبات العنصر المادي للحراسة إثبات سلطة الاستعمال لأنها من السلطات الجوهرية ومن يثبت له هذه السلطة يتوافر له العنصر المادي في الحراسة حتى وإن لم تتوافر له سلطة التوجيه والرقابة وهو ما استقرت عليه أحكام النقض المصرية[1].

وعلى ذلك يكفي للمضرور أن يثبت ملكية المدعي عليه في دعوى المسؤولية للشيء مصدر الضرر إذ يفترض أن المالك هو الحارس فهو قرينة قابلة لإثبات العكس.

2- العنصر المعنوي: يقصد بهذا العنصر أن السلطات التي يخولها العنصر المادي لحارس الأشياء يجب أن يباشرها لنفسه وليس لحساب غيره وبصرف النظر عن المصلحة أو العائد المادي أو المعنوي الذي يهدف الحارس من ورائه ممارسة هذه السلطات لحساب أو لمصلحة غيره، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن" الحراسة الموجبة للمسؤولية على أساس الخطأ المفترض طبقاً لنص المادة (178) من القانون المدني إنما تتحقق بسيطرة الشخص على شيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه[2].

والحراسة بعنصريها المادي والمعنوي ليست قاصرة على شخص واحد أي أنها صفة تلحق بها العديد من السلطات يمارسها الحارس على الشيء محل الحراسة لذلك فمن الممكن للحراسة أن تفقد من المالك إذا انقص حقه في ملكيه الشيء بدون ضمانه لان المالك يظل حارساً حتى وإن فقد الشيء منه وعلى المالك عبء إثبات فقد

(1) طعن مدني مصري، رقم 759، لسنة 55ق، جلسة، 1988/10/25، طعن مدني مصري، رقم 24، لسنة 56ق، جلسة 1989/1/5، طعن مدني رقم 850، لسنة 11ق، جلسة 1978/4/24م.

(2) نقض مدني مصري، رقم 1072، لسنة 54ق، جلسة 1979/4/12، مشار إليه في د. محمد حسني منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 34.

الحراسة[1] كذلك فإن الحراسة تسمح بإنتقال الشيء من الحارس إلى شخص آخر سواء كان الفعل تم بناءً على عقد بيع أو عقد بنقل حق شخصي متعلق بالشيء أو بناء على حيازة الشيء سواء بحسن نية أو بسوء نية.

والحراسة في أعمال التشييد يمكن أن تتنوع، فكل مقاول يعد حارساً للجزء من اعمال البناء الذي يقوم به، ومن ثم تقوم مسؤوليته بوصفه حارساً للبناء فيما يقع نتيجة ذلك من أضرار. ولكنه في الوقت نفسه يعد حارساً للآلات والأدوات التي يستعملها في عملية التشييد، فهنا تثور مسؤوليته كحارس لتلك الآلات والأدوات عن الأضرار الناجمة عنها، أي أن هناك حراسة مزدوجة، حراسة البناء، وحراسة الآلات والأدوات التي يستخدمها في العمل.

وقد لا تثور سوى حراسة الآلات والأدوات التي تتطلب عناية خاصة بالنسبة لبعض المقاولين نظراً لطبيعة العمل الذي يؤدونه.

أما بالنسبة للشرط الثاني من شروط قيام مسؤولية حارس الأشياء وهو وقوع الضرر بفعل الشيء ذلك أن أركان المسؤولية المدنية تقوم على الخطأ والضرر ورابطة السببية.

ولقد استقرت أحكام النقض المصرية على أنه لا يكفي لقيام رابطة السببية بالنسبة لمسؤولية حارس الآلات والأدوات الميكانيكية إثبات تدخل الشيء في أحداث الضرر بل يشترط أن يكون التدخل إيجابيا ويكون كذلك إذا كان وقت الحادث في وضع غير مألوف أو غير طبيعي من شأنه أن يؤدي إلى حصول الضرر عادة فيعد هو السبب الفعال لهذا الضرر ويقوم قاضي الموضوع بالتمييز بين الوضع المألوف للشيء والوضع غير المألوف[2].

(1) د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص927.

(2) د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 316.

وقد قضت محكمة النقض المصرية على أن مسؤولية حارس الآلات والأدوات الميكانيكية تقوم على أساس خطأ مفترض من جانبه وهي تتطلب أساسا أن يقع الضرر بفعل الشيء ذاته أي بتدخله تدخلاً إيجابياً بحيث يكون الفعل المسبب للضرر متصلاً بداخله وتكوينه ويجب استبعاد هذه المسؤولية الشيئية متى قامت علاقة تعاقدية بين الحارس والمضرور"[1].

والتدخل الإيجابي لا يشترط لتحققه الأتصال المباشر بالشيء موضوع المسؤولية لأنه قد لا يتصل بالشيء اتصالاً مادياً مباشراً بمن لحق به الضرر وعلى الرغم من ذلك يتدخل إيجابياً وقوع الضرر[2].

المبحث الثاني
المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول
في حالة استخدام الغش والطرق الاحتيالية

يقصد بالغش، الخطأ العمدي، أو في عبارة أكثر تفصيلاً، الامتناع عمداً عن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه فيه، فليس قصد الأضرار بالدائن عنصراً فيه، بل يستهدف المدين، عادة بإخلاله بما التزم به، تحقيق مصلحة شخصية له، ومع هذا يتوافر الغش في جانبه، إذا كان هذا الإخلال عمدياً منه، وعلى ذلك يعد الغش في نظرية الالتزام العقدي، مرادفاً لاصطلاح سوء النية، الذي يعبر كذلك عن الصفة الإرادية لعدم تنفيذ الالتزام، ويستغرق الخطأ العمدي والخطأ الإرادي، في نطاق الاتفاق على رفع أو تخفيف أو تحديد المسؤولية[3].

---

(1) نقض مدني مصري، رقم 760، لسنة 50ق، جلسة 12/ 5/ 1985م.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 925.

(3) د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1990، ص82 وما بعدها.

وقد عرف الغش بأنه: عمل يعمد إليه الشخص بقصد الأضرار بحقوق شخص آخر[1]، ويتضمن الغش بهذا المفهوم معنى الغدر، وهو يشوب سبب نشوء الحق، ويجعله على غير أساس مشروع، لأن الحق فقد ميزته الأساسية التي تعتمد على منظومة أخلاقية واجتماعية، ومن ثم انصرف إلى إلحاق الأذى بالمجتمع[2].

ويقوم الغش على ركنين[3]: ركن موضوعي وركن معنوي، أما الركن الموضوعي فهو يتخذ في جانبه الأساسي صورة الفعل أو الكتمان، وينطوي على نية مبيته مسبقة سيئة تهدف إلى إلحاق الضرر بحقوق شخص آخر، وهو بهذا المعنى خطأ عمدي، والذي هو ذلك الفعل أو الترك الصادر عن نية سيئة، والنية إرادة متجهة نحو هدف معين، أما الركن المعنوي فهو الرغبة المنطوية على التضليل، توصلاً لغرض غير مشروع، بمعنى نية الأضرار وإلحاق الأذى بالغير عن قصد، وإذا أردنا أكثر توضيحاً نقول: أن الغش ينطوي على خرق شديد للأخلاق أكثر من مجرد الخطأ البسيط، ولذلك فهو في مرتبة أعلى من الخطأ العمد، وهذا يعني أن الغش مرحلة متقدمة على الخطأ، فكل غش هو خطأ عمدي[4]، وأنه يمثل مخالفة أحد المتعاقدين لشروط العقد مخالفة صريحة، بقصد الإضرار بالطرف الآخر.

---

(1) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977، ص339..

(2) د. عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، بدون دار نشر، القاهرة، 1954، ص304.

(3) د. نوري حمد خاطر: تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، دراسة نظرية مقارنة، بحث منشور في مجلة المنارة، الدراسات القانونية، جامعة آل البيت، عمان، المجلد الرابع، العدد الثالث، أكتوبر، 2001، ص49.

(4) د. أحمد مفلح خوالدة: شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص74.

ومما تقدم يظهر لنا أن غرض الدائن من العملية العقدية هو تجنبه أية أضرار قد يتعرض لها، كما في حالة الغش فإن مرتكب الغش تكون مخالفته منطوية على خديعة ومكر، حيث يحمل الدائن على قبول التنفيذ بشكل معيب، بدون أن تتاح له فرصة التأكد من الكشف أو التحري عن المخالفة ومن ثم يقبل بالضرر مرغماً، في حين أن مرتكب الغش يجني ثماره حتماً ولو إلى حين.ومن كل ذلك نخلص إلى أن الفارق ما بين الغش والخطأ العمد في نطاق العقد، أن الغش يعد تنفيذاً ظاهرياً وغير حقيقي للعقد، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ للعقد لأن الاتجاه بعدم التنفيذ كان ظاهراً للطرف الآخر، وليس كحالة الغش المبنية على الخديعة والمكر، هذا مع العلم أن القوانين المدنية تساوي في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية[1].

غير أن الوضع مختلف تماماً في القوانين المدنية للدول قيد الدراسة، إذ أن إلحاق الخطأ الجسيم بجانب الغش لا يعد ذلك مساواة بينهما، ولكن أعطاه هذا الأثر لما ينجم عنه من خطورة على المراكز القانونية تقترب من الخطأ العمد.

وفي معرض تحديد حكم شرط الإعفاء من المسؤولية نرى من الضروري بمكان الإشارة إلى نص المادة (358/ 2) من القانون المدني الأردني، والتي جاء فيها: "وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم". ونصت المادة (217/ 2) من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"[2].

على أن البعض لا يكتفي، في تحديد الغش بالصفة العمدية أو الإرادية للإخلال بالالتزام، بل يجد قوام الغش ليس في مجرد الرغبة في التخلص من الأعباء التي يفرضها

(1) د. نوري حمد خاطر: المرجع السابق، ص49.

(2) تقابلها المادة (259/ 2) من القانون المدني العراقي.

العقد، إنما في غرض بعيد يكمن وراء هذا الإخلال، أما في الإضرار بالدائن كما في حالة اتفاق العمال فيما بينهم الإضراب عن العمل القصد منه إلحاق الخسارة بصاحب العمل، وإما في اقتناص منفعة على حسابه، كما في حالة تأخر مورد المواد الإنشائية، عمداً عن توريد ما التزم به في الميعاد المحدد له، للاستفادة من انخفاض سعره، فلا يتوافر الغش في جانب المدين على رأيهم ولو امتنع عمداً عن تنفيذ التزامه، وكان مدركاً للضرر الذي يلحق الدائن منه، لم يقصد بهذا الامتناع إيقاع ضرر بالدائن أو الحصول على منفعة على حسابه، وإلا كان سيئ النية لا غاشاً لدائنه، وعلى هذا النحو يفترق الغش في رأيهم عن مجرد سوء النية[1].

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية، بالرأي الأول: إذ نصت على: "يرتكب المدين غشاً إذا رفض عامداً تنفيذ التزاماته العقدية، ولو لم يكن الرفض تمليه فيه الأضرار بالعاقد الآخر"[2].

أما القضاء فقد ذهب إلى مساواة الخطأ الجسيم بالغش، رغم أن الخطأ الجسيم هو خطأ غير عمدي عكس الغش، وذلك لعدم ترك المجال للمدين أن يخفي نيته للإضرار بالدائن، ونضيف أن المشرع قد حرص على أن يفرض على المدين أقل عناية ممكنة، إعمالاً لمبدأ حسن النية، وعليه فإن مسؤولية المدين تكون تقصيرية إذا ثبت أن الخطأ العقدي كان جسيماً[3]، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "لا يحكم بالتعويض عن الربح الفائت والتعويض المعنوي في المسؤولية العقدية إلا في حالتي الغش

(1) د. محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص84.

(2) نقض فرنسي 4 فبراير سنة 1969، مجلة الأسبوع القانوني 1969، 2، 16030، مشار إليه في: د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص84.

(3) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص334، د. أحمد مفلح الخوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص89.

والخطأ الجسيم[1]، كما قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: "التعويض في المسؤولية العقدية في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم يقتصر على الضرر المباشر المتوقع، أما التعويض في المسؤولية التقصيرية فيكون عن أي ضرر مباشر متوقع أو غير متوقع"[2].

وقد عد القضاء الفرنسي مسؤولية المهندس والمقاول في عقود التشييد مسؤولية تقصيرية في حالة الغش أو استعمال طرق احتيالية، فالغش مفسد لكل شي، ولأن الغش يعد خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن نطاق العقد، ويترتب على ذلك جواز رجوع رب العمل على المهندس أو المقاول الذي استعمل طرق احتيالية أو ارتكب الغش أو تعمد عدم تنفيذ التزامه في خلال ثلاثين سنة من تاريخ تحقق الضرر، بصرف النظر عن توافر شروط الضمان الخاص بالمادتين في القانون المدني الفرنسي، أو عدم توافرها، والهدف من ذلك ضمان حماية صاحب العمل، وهكذا يكمن قوام الغش في انصراف الإرادة إلى التخلص من الالتزام العقدي، ولا عبرة بالبواعث الدافعة إلى التخلص منه، وهو ذات قوام الغش في انتقال الحقوق[3].

وينسجم تحديد الغش على هذا الوجه الواسع مع نظام العقد الذي يتطلب تنفيذه بحسن نية، والذي يتنافى مع الإخلال عمداً بالالتزامات الناشئة عنه، لأن المدين الذي يمتنع عمداً عن تنفيذ التزامه العقدي مع قدرته عليه يكون سيء النية[4]، ولو لم ينصرف قصده إلى الإضرار بدائنه، ومن ثم يخرج من دائرة العقد التي يهيمن عليها الثقة

---

(1) محكمة التمييز الأردنية: رقم القرار 560/ 90، العدد 9-12، سنة 1991، ص2175.
مشار إليه في د. أحمد مفلح الخوالدة، المرجع السابق، ص89.

(2) نقض مصري، رقم 3956 لسنة 68، في جلسة 28/ 5/ 2000، أشار إليه إبراهيم أحمد سيد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقهاء وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2003، ص111.

(3) د. محمد حسن منصور، المسؤولية المعمارية،

(4) محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص 419.

وحسن النية في تنفيذ العقد، ويختلف الغش عن الخطأ الجسيم في طبيعته، فبينما يكمن الغش في إرادة الإخلال بالالتزام العقدي وإدراك الضرر الذي ينجم عنه، لا ينطوي الخطأ الجسيم على سوء القصد إذ لا يعتمد المدين الذي يرتكبه عدم تنفيذ الالتزام، فلا يخرج عن كونه إهمالاً أو عدم اتخاذ الحيطة والحذر ومن ثم فإنه لا يقصد على وجه الخصوص إحداث الضرر الذي نشأ عنه، ومن ثم يعد خطأ غير عمدي لا يختلف في طبيعته عن بقية الأخطاء غير العمدية[1].

ويقع الغش أو تستخدم الطرق الاحتيالية أثناء مدة تنفيذ الأعمال أي قبل عملية تسلم الأعمال لصاحب العمل، ففي أثناء هذه المدة من المتصور جداً أن يرتكب المقاول أو المهندس الإستشاري أو كليهما منفردين أو مجتمعين غشاً في استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية المطلوبة أو متخذاً طرقاً احتيالية أخرى الغرض منها حمل صاحب العمل على تسلم البناء أو المنشأ الثابت الآخر، بما يتضمنه من عيب، إذ أن صاحب العمل لو كان يعلم به لما أقدم على تسلم الأعمال، وذلك بأن يكون أي منهما أو كلاهما، على علم بهذا العيب الذي تم إخفاؤه في البناء المشيد، ولم يطلعا صاحب العمل عليه، مستخدمين بهذه الطرق الاحتيالية.

وصاحب العمل ليس بحاجة إلى إثبات الغش، إذا كان العيب المخفي غشاً قد ظهر أثناء مدة الضمان العشري، وباشر صاحب العمل دعواه خلال مدة ثلاث سنوات في وقت انكشاف العيب، طبقاً للقانون المدني المصري المادة (654) منه وفترة سنة واحدة كما في القانون المدني الأردني والعراقي[2].

أما إذا ظهر العيب، بعد انقضاء مدة الضمان فهنا يتوقف حقه في الرجوع على المهندس الإستشاري أو المقاول بضمان هذا العيب على مدى إمكانيته وقدرته على

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص86 وما بعدها.
(2) انظر المادة (791) من القانون المدني الأردني، والمادة (870-4) من القانون المدني العراقي، والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

إثبات استخدام الغش أو الطرق الاحتيالية من قبل المهندس الإستشاري أو المقاول، أو كليهما، جعلته يتسلم العمل من دون أن يكتشف ما به من عيب.

أما عن كيفية إثبات الغش، فعلى صاحب العمل أن يثبت أنه قد شاب البناء أو المنشأ الثابت الآخر، عيب خفي تعذر عليه كشفه عند تسلمه الأعمال، وأن هذا العيب يدخل في نطاق معرفة كل من المهندس الإستشاري أو المقاول، أو كليهما، بأنهما كانا يعلمان به فعلاً، ومع ذلك سكتا قصداً عن إطلاعه عليه عند التسلم، وإذا كانت هناك وسائل احتيالية قد اتخذت للحيلولة بينه وبين الوقوف على عيب كان ظاهراً في البناء أو قريب من الظهور، بحيث كان من الممكن معرفته عادة، فعليه إثباتها، وإثبات قدرتها وفعاليتها في تحقيق الهدف المقصود منها، وله أن يستعين في ذلك بكافة طرق الإثبات[1].

أما عن أثر الغش على مدة الضمان، فالرأي الغالب في الفقه والقضاء سواء في مصر[2]، أو في الدول قيد الدراسة الأخرى[3]، على أنه في حالة الغش أو اتخاذ طرق احتيالية، يستطيع صاحب العمل أن يباشر دعوى الضمان بدون التقيد بمدة الضمان العشري، ومعنى ذلك أن دعوى الضمان العشري في هذه القوانين لا تسقط إلا بمرور مدة التقادم الطويل، المنصوص عليها في جميع هذه القوانين وهي خمسة عشر سنة.

إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لأثر الغش على مدة الضمان إلا أن الرأي قد اختلف في الأساس الذي يقوم عليه هذا القول، والرأي الغالب، على أن الغش أو اتخاذ طرق احتيالية، يخرج بالتعامل من دائرة المسؤولية العقدية إلى دائرة المسؤولية التقصيرية،

---

(1) د. عبد الرازق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص386 وما بعدها.

(2) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، المرجع السابق، بند67، ص124، هامش 2، د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 115، ص131، د. محمد حسين منصور، مسؤولية المعمارين، المرجع السابق، ص83.

(3) د. محمد جابر الدوري، مسؤولية مهندس ومقاول البناء، المرجع السابق، ص237.

ومن ثم فإن دعوى الضمان ولو أنها ناشئة عن عدم الوفاء بالتزام مصدره عقد المقاولة، إلا أن ما شاب تنفيذ هذا الالتزام من غش أو اتخاذ طرق احتيالية، يجعل الحق في مباشرة هذه الدعوى بوساطة صاحب العمل، لا يسقط إلا بانقضاء المدة اللازمة لتقادم دعوى المسؤولية التقصيرية[1].

يتضح لنا من كل ما تقدم أن كلاً من الغش والخطأ العمد له الحكم القانوني نفسه، وقد تنظر الأخلاق إلى الغش على أنه عمل من أعمال المكر والخبث فهو أشد وقعاً في النفس من مجرد الخطأ العمد غير المقترن بالغش[2]، والتشريعات المدنية عندما تستخدم مصطلح الغش إنما تعني به في اعتقادنا الخطأ العمد بوجه عام.

أما علاقة الغش بالخطأ الجسيم فقد اختلف الفقه في تحديد العلاقة بين الغش،والخطأ العمد، والخطأ الجسيم فذهب في ذلك إلى اتجاهات عدة نحصرها في ثلاثة اتجاهات وعلى النحو الآتي:

الاتجاه الأول: يرى أن الخطأ الجسيم يساوي الغش، باعتبار أن الخطأ الجسيم قرينة قاطعة على الغش، فإذا كان الخطأ العمد يستند إلى النية والقصد، فإن مجرد علم الشخص بما قد يترتب على مسلكه من ضرر ولو لم يقصد الضرر، يكفي القول بوجود نية الإضرار لديه، وبهذا يتساوى الخطأ الجسيم والخطأ العمد 'الغش'[3]، ويعزى ذلك إلى تبرير أن الخطأ العمد لا يمكن الكشف عنه إلا بالنفاذ إلى الحالة النفسية والتحري عما يكنه الضمير، لذلك وجد في الخطأ الجسيم قرينه عليه أي قرينة على سوء النية واللجوء

(1) د. عبد الرازق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص338 وما بعدها.

(2) د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مطبعة المعارف، الاسكندرية، 1985، ص289.

(3) عبد الجبار ناجي ملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، 1979، ص76.

إلى هذه القرينة يحول دون تهرب الذين يعمدون إلى الإضرار بالآخرين ثم يستترون بستار سوء التقدير بالطيش أو الرعونة، أو بعدم الخبرة، فلا يستطيع عندئذ فاعل الضرر إدعاء البلاهة[1].

وقد وجه إلى هذا الاتجاه انتقادات عدة أهمها أن القصد يفترض إرادة تتجه نحو هدف ما، وما عليه يجب أن يكون الضرر مقصوداً ولا يكفي أن يكون متوقعاً في الخطأ العمد على خلاف ما هو عليه في الخطأ الجسيم، أما الانتقاد الآخر فيذهب إلى أن القانون الروماني لا يقصد من القاعدة السابقة المساواة بين الغش والخطأ الجسيم بل قصد من هذه القاعدة أن المدين يكون مسؤولاً ليس عن غشه فقط بل عن خطئه الجسيم أيضاً، وأن تشبيه القانون الروماني الخطأ الجسيم بالغش، إنما يعني الحالات التي تنعقد فيها مسؤولية المدين وليس مدى مسؤوليته، لذلك نجد أن القانون المعاصر قد هجرها[2].

الاتجاه الثاني: يذهب هذا الاتجاه إلى أن الخطأ الجسيم قرينة قابلة لإثبات العكس على قيام الغش، فالمساواة بينهما لا تستند إلى الوحدة في الطبيعة، إذ أن الخطأ الجسيم مهما كانت درجة جسامته، لا يدل على أن فاعله رغب في تحقيق الضرر، فهو خطأ غير عمد، يتمثل في الغلط أو الإهمال أو عدم الحيطة، وإذا كانت فكرة النظام العام مثلاً تبرر إلغاء شرط عدم المسؤولية العقدية أو شرط تحديدها أو زيادة مقدار التعويض الاتفاقي في حالة الخطأ العمد، فإن ذلك لا يصدق على الخطأ الجسيم من حيث التبرير لأنه خطأ غير عمدي، ولكن التشابه بين الغش والخطأ الجسيم في بعض نصوص القانون المدني تتعلق بالإثبات فقط لأن مرتكب الخطأ الجسيم يعترف بجسامة

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985، ص 370-371.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص371.

خطئه، لكنه يدعي حسن نيته على الرغم من أنه يعترف بأنه سلك سلوكاً شاذاً وبحماقة لكن بدون خبث[1].

لم يسلم هذا الاتجاه من النقد إذ أن القول بأن كل خطأ جسيم يشكل قرينة على وجود خطأ عمدي يؤدي إلى اعتبار أن سوء النية هي القاعدة وحسن النية الاستثناء، وهذا يخالف ما هو مستقر عليه قانوناً من أن الأصل حسن النية، فعلى المضرور مثلاً أن يثبت سوء نية مرتكب الخطأ لإثبات الخطأ العمد فضلاً عن ذلك أن القول بأن الخطأ الجسيم مساو للغش، قول خاطئ من الناحية النفسية فبين الإهمال وسوء القصد توجد هوة واسعة، والدليل على ذلك أن القانون لا يقبل تأمين الشخص عن نتائج خطئه العمد، وليس الأمر كذلك في الخطأ الجسيم[2].

الاتجاه الثالث: يرى هذا الاتجاه أن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم في بعض الأحكام القانونية لا تعني اتحادهما في الطبيعة أو الصفات وإنما المساواة بينهما في الآثار القانونية، فالخطأ الجسيم يتميز عن الخطأ العمد في أنه لا يتضمن قصد الإضرار بالغير، كما يختلف عنه بأن الخطأ العمد يقاس بمقياس ذاتي عن طريق البحث عن النية، مما يصعب معه إثباته في حين أن الخطأ الجسيم يقاس بمقياس مجرد[3].

ويبدو أن القضاء الفرنسي غير مستقر على اتجاه واحد في هذا الصدد فهو تارة يقر المساواة بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم، ويذهب تارة أخرى إلى التفرقة بينهما، فهو يستبعد شرط عدم المسؤولية وشرط التحديد الاتفاقي للمسؤولية في المسائل التعاقدية في حالة الخطأ الجسيم كما هو عليه في الخطأ العمد، وكذلك في امتداد التعويض إلى الضرر

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص372.

(2) وليد حكيم أحمد مهنا، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص12.

(3) د. عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976، ص229.

غير المتوقع إلى جانب الضرر المتوقع، في حين يذهب في حالات أخرى إلى استبعاد الخطأ الجسيم عن حكم الخطأ العمد[1].

وبناء على ما تقدم فإن الخطأ العمد ينطوي على سوء نية يتمثل باتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر، في حين أن الخطأ الجسيم هو خطأ غير عمد لا يخرج عن الإهمال وعدم الاحتياط، لكنه يقوم على عدم اكتراث بالغ بالتزامات الفاعل بدون النظر إلى الضرر المحتمل من جراء هذا الفعل، فالفرق بين الغش والخطأ الجسيم يتمثل في درجة توقع الضرر عند ارتكاب المسؤول للفعل المكون للخطأ، بحيث إذا كان الضرر محقق الوقوع كنتيجة حتمية لتعمد ارتكاب الفعل لأن الفاعل يكون قد قصد إحداثه فنكون بصدد غش، أما إذا كان الضرر غير محقق الوقوع ويكون الفاعل قد واجه احتمال وقوع خطأ جسيم[2]، وأن إلحاق القانون للخطأ الجسيم بجانب الغش، لا يعني المساواة بينهما، إنما أعطاه الأثر لما ينجم عنه من خطورة على المراكز القانونية نقترب به من الخطأ العمد.

---

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص376.

(2) المادة (264) من القانون المدني العراقي قد نصت على: '1- إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ومجرد علم المدين أنه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو كان ينفي أن يعلم ذلك. 2- أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً. 3- وإذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الأول وإن كان المدين قد تصرف بعوض أو كان هذا الخلف الثاني يعلم المسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً. تقابلها المادة (238) من القانون المدني المصري.

المبحث الثالث
المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول عن الخطأ الشخصي تجاه صاحب العمل أو تجاه الغير

في عقود التشييد وفي المرحلة التي تسبق تسلم الأعمال من قبل صاحب العمل يبقى المهندس أو المقاول مسؤولاً تجاه صاحب العمل وتجاه الغير وضمن نطاق المسؤولية التقصيرية فهو يسأل أولاً تجاه صاحب العمل والغير بصفته حارساً للبناء وفقاً للمادة (229) من القانون المدني العراقي والتي يقابلها المادة (177) مدني مصري، والمادة (148) من قانون المعاملات المدنية السوداني، ويسأل ثانياً عن الخطأ واجب الإثبات أيضاً تجاه صاحب العمل وتجاه الغير، وهذا ما قضت به المادة(163) من القانون المدني المصري، إذ نصت على "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض"[1].

وفيما يتعلق بالألتزام الأول، إذا أن مناط هذه المسؤولية أن يحدث تهدم كلي أو جزئي للبناء وأن يحدث التهدم ضرراً بالغير، سواء كان هذا الغير هو صاحب العمل أو مالك العقار، أو أي شخص آخر غير حارس البناء ومن ثم فهذه المسؤولية تغطي وفقا للمادة (177) من القانون المدني المصري الضرر الناتج عن تهدم البناء، ومن ثم لا تغطي الضرر الذي يقع على البناء نفسه ولا لحالة هدم البناء أو ترميمه فإذا أراد صاحب العمل أن يرجع على المهندس أو المقاول بدعوى المسؤولية وفقاً للمادة (177) من القانون المدني المصري فذلك قاصر على حالة أصابته بضرر من جراء تهدم البناء من دون حالة ما إذا كان البناء نفسه قد أصيب بضرر، ومن ثم يكون أمام صاحب العمل أو الغير إن لم تساعده المادة (177) مدني مصري أن يلجأ إلى القواعد العامة[2].

ولذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين:

---

(1) يقابل هذا النص، المادة (256) مدني أردني والتي نصت على "كل ضرر بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر"، والمادة (204) في القانون المدني العراقي التي نصت على كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض".

(2) أنظر المادة (163) مدني مصري، (204) مدني عراقي، والمادة (256) مدني أردني والمادة.

المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول عن الخطأ الشخصي تجاه صاحب العمل.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول عن الخطأ الشخص تجاه الغير.

المطلب الأول
المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول
عن الخطأ الشخصي تجاه صاحب العمل

يستقر القضاء في فرنسا والدول العربية قيد الدراسة على عدم جواز الجمع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية والتقصيرية فإذا كانت هناك علاقة عقدية تربط بين المهندس الإستشاري أو المقاول من جهة وبين صاحب العمل من جهة أخرى وأنه وقع إخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد، فإن التعويض عن هذا الضرر لا يكون إلا استناداً إلى قواعد المسؤولية العقدية فهذه الدعوى إذا توافرت أركانها تمنع من الالتجاء إلى المسؤولية التقصيرية التي تقوم عندما يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر بدون أن يكون هناك عقد بينهما، فالمسؤول هنا يكون قد أخل بالتزام قانوني وليس بالتزام عقدي[1] وهذا ما عبرت عنه بوضوح محكمة النقض المصرية[2] والتي قضت بالأتي " خص المشرع كلاً من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية بأحكام تستقل بها عن الأخرى وجعل لكل من المسؤوليتين في تقنينه موضعاً منفصلاً عن المسؤولية الأخرى فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بإطرافها وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد

---

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 246.

(2) - نقص مدني، 16 إبريل 1968، س 19، ص 762.

-نقض مدني، 27 يناير 1981، س 32، ص 355.

-نقض مدني 31 مارس 1970، س 21، ص 538.

-نقض مدني،4 فبراير 1971، س 22، ص 17 مشار إليه في د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص348.

وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ بإحكام العقد وبما هو مقرر في القانون بشأنه باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في الحالة التي يرتبط المضرور فيها بعلاقة تعاقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية في إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عند تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له، وذلك ما لم يثبت ضد أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل الذي ارتكبه وأدى إلى الأضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء أكان متعاقداً أم غير متعاقد".

وتطبيقاً لذلك فإذا كان صاحب العمل يشكو من إضرار لحقته أثناء تنفيذ عقد المقاولة في واقع الأمر من إخلال المهندس الإستشاري أو المقاول بإلتزام عقدي فالوسيلة التي يستطيع بها الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء هذا الإخلال هي دعوى المسؤولية العقدية ولكن عندما يشكو صاحب العمل من المهندس الاستشاري أو المقاول ويلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية كيف نتصور أن يكون ذلك ممكنا وما هي مصلحته في أن يترك هذا الطريق الأصلي ونقصد به طريق دعوى المسؤولية العقدية إلى طريق آخر مشكوك في صحته هو دعوى المسؤولية التقصيرية ؟

للإجابة على مثل هذه التساؤلات، في عقود التشييد وأثناء تنفيذ الاعمال وقبل تسلم صاحب العمل الاعمال، إذا كان الفعل الذي يترتب عليه الضرر راجعاً إلى غش أو خطأ جسيم من قبل المهندس الإستشاري أو المقاول فهنا لا يجد صاحب العمل ما يسانده في تضامن المهندس الإستشاري والمقاول بل يجب عليه أن يرفع على كل منهما دعوى مستقلة للمطالبة بتعويض الضرر الذي يسببه كل واحد منهما بصورة منفردة ومستقلة عن الآخر عن خطئه الشخصي وبما أن القاعدة القانونية في المسؤولية العقدية

أن التضامن فيما بين المهندس الإستشاري والمقاول لا يقوم إلا باتفاق أو بنص في القانون فهنا لا يستطيع صاحب العمل أن يستند في دعواه إلى المادة (870) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن "يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى...."[1] فهذا الضمان يسمى بالضمان العشري، وهو قاصر على التضامن بين المهندس والمقاول بعد إكمال الأعمال وتسلمها من قبل صاحب العمل، ولكن قبل تسليم الأعمال لا يقوم مثل هذا التضامن، ومن ثم يحرم صاحب العمل منه والذي قد يؤمن حصوله على التعويض لو رفع دعواه على أساس المسؤولية التقصيرية[2].

فضلاً عن ذلك فإن صاحب العمل لو رجع على المهندس أو المقاول بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية فإنه سيقتصر حصوله على التعويض على الضرر المتوقع فقط ولا يستطيع الحصول على التعويض عن الضرر غير المتوقع إلا إذا أثبت الغش أو الخطأ الجسيم في جانب المهندس أو المقاول في حين أن دعوى المسؤولية التقصيرية تتيح له تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع بدون حاجة إلى إثبات الغش أو الخطأ الجسيم.

ومن الناحية الأخرى فإن صاحب العمل إذا رفع دعواه على أساس المسؤولية العقدية فربما يقتصر الأمر أن تتيح له الفرصة بتنفيذ الأعمال على حساب ا لمقاول، أي سيسمح له بإذن من القضاء، أن ينفذ الأعمال التي لم تنجز أو الأعمال التي نفذت بشكل معيب ولم يتم إزالتها على حساب المقاول أو المهندس فهنا لا يلتزم أي من المقاول أو

(1) تقابلها المادة (651) في القانون المدني المصري، والمادة (788) في القانون المدني الأردني.
(2) إذ يستطيع صاحب العمل أن يستفيد من المادة (217-1) من القانون المدني العراقي التي تنص على "إذا تعدد المسؤولين عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب" وهذا ما قضت به أيضا المادة (169) في القانون المدني المصري، والمادة (256) من القانون المدني الأردني.

المهندس ألا بفرق السعر، في حين أنه إذا لجأ صاحب العمل إلى دعوى المسؤولية التقصيرية سيحصل على تعويض مفتوح يتمتع فيه بحرية التصرف في التنفيذ[1].

نخلص من ذلك إلى أن صاحب العمل قد يلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية ضد المهندس أو المقاول في مرحلة التنفيذ تاركاً دعوى المسؤولية العقدية. لذلك يفضل الفقه الحديث اصطلاح الخيرة لأن كل ما يمكن التفكير فيه السماح للمضرور بأن يختار إما دعوى المسؤولية العقدية وإما دعوى المسؤولية التقصيرية إذا توافرت في كل منهما شروطها القانونية ذلك معنى الخيرة دخول المسؤولية التقصيرية في دائرة العلاقات العقدية ليكون للعاقد أن يلجأ إليها إذا وجدها في مصلحته بدل المسؤولية العقدية التي هي أصلاً له، وعلى ذلك فإن الخيرة بين نوعي المسؤولية المدنية تفترض مقدما اجتماعهما معاً ليستطيع المضرور أن يختار بينهما فهو في الحقيقة يجمع بينهما وإن كان للمضرور أن يختار بينهما، فهو في الحقيقة يجمع بينهما وإن كان لا يجوز له أن يرفع إلا أحداهما[2].

وقد أنقسم الفقه والقضاء بين مؤيد للخيرة ومنكر لها، واختلفت الحلول القضائية في الدول المختلفة.

1- خصوم الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية:

يرى خصوم الخيرة والتي يتزعمها الأغلبية في الفقه الفرنسي، أن لكل من نوعي المسؤولية المدنية نطاق خاص، ولا مكان لأي وضع أو علاقة قانونية إلا لنوع منهما، أما العقدية وأما التقصيرية فقوام الفكرة التي تستند إليها أن الفعل الواحد قد يرتب الخطأ

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص 21.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 468، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، فقرة 514.

العقدي والخطأ التقصيري في ذات الوقت. فإذا كان الخطأ الذي أرتكبه المدين لا يقع منه إلا بصفته متعاقداً، أي لا يقع إلا من مدين متعاقد فالمسؤولية هنا هي المسؤولية العقدية وحسب، إما إذا كان الخطأ يمكن أن يقع من المتعاقد وغير المتعاقد أو هو محرم على المتعاقد وغيره في الوقت نفسه ومتصور في جميع الناس فهنا يعطي للمضرور بين دعوى المسؤولية العقدية أو دعوى المسؤولية التقصيرية(1).

وتطبيقاً لما تقدم وفي إطار المسؤولية العقدية يمكن أن ندرج تحت هذه القائمة إخلال المهندس الإستشاري أو المقاول بأصول الصنعة في أعمال البناء والتشييد فهنا الأخطاء التي تصدر من أي منهما وقد أرتبط بعقد مقاولة مع صاحب العمل، أما الأخطاء التي يتصور حدوثها من متعاقد وغير متعاقد كما لو قام المهندس أو المقاول بسرقة حديد التسليح أو الأسمنت أو قام باستبدالها بأخرى أقل جودة أو كفاءة فإنه يكون قد أرتكب خطأ متصور وقوعه، من أي شخص متعاقد وغير متعاقد لأن السرقة متصورة من الجميع.

ويستند أصحاب خصوم الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية إلى حجج عديدة من أهمها ما يأتي:

أ- استقلال المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية يرجع إلى طبيعة الأشياء فالأولى جزاء الإخلال بالتزام ناشيء عن العقد ولا يمكن أن يتجاوز تطبيقها نطاق العلاقات الناشئة عنه، والثانية جزاء الإخلال بواجب عام يفرضه القانون، ولا يمكن تطبيقها على غير حالات الإخلال به، فهي وضعت للأغيار وليس للأطراف المتعاقدة(2).

ب- ويستند خصوم الخيرة إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يجيز للأفراد داخل إطار النظام العام أن ينشئوا ما يريدون من عقود، وأن يحددوا ما تولده من آثار، وما يترتب

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 22.

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص480،

على الإخلال بها من مسؤولية وفقاً لنصوص القانون[1] شـريعة لهـم في العلاقـات التي تقوم بينهم ويؤدي إمكان التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية إلى مخالفة بنـود العقود، وإهداره القوة الملزمة له، مساساً بمبدأ سلطان الإرادة.

2- أنصار الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

إذ يرى أنصارها أن المسؤولية العقدية يمكن أن تتحول إلى مسؤولية تقصيرية، إذ ليس بين النوعين فواصل قاطعة، وجوهر الفكرة التي يقوم عليها هذا الـرأي أن المتعاقـد يكون قد أخل بالتزام عقدي إذا كان قـد أرتكـب خطـأ يـسيرا فهـو لم يتعمـد الأضـرار بالطرف الآخر ولكنه أهمل وهو يريد حقاً أن يظل داخل دائرة نطاق العقد أمـا المتعاقـد الذي يرتكب خطأ جسيماً أو غشاً أو جريمة جنائية فقد أعلـن عـن نفـسه بأنـه لا يحـترم الرابطة التعاقدية وأنه يخرج بنفسه عن دائـرة العقـد فيـدخل بـذلك في دائـرة المـسؤولية التقصيرية[2]، معنى ذلك أنه كلما أرتكب المتعاقد غشاً أو خطأ جسيماً أو جريمـة جنائيـة فقد أستحق أن يعامل وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية علـى "... أنـه لا يجـوز الأخـذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في دعوى التعويض التي يرتبط فيها المـضرور مـع الـشخص المسؤول عنه بعلاقة عقدية سابقة لما يترتب على الأخذ بأحكـام المـسؤولية التقـصيرية في مقام العلاقة العقدية من إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عنـد عـدم تنفيـذه بمـا يخل بالقوة الملزمة له، إلا أن ذلك رهين بعدم ثبوت أن الضرر الذي لحق بأحد العاقدين كان نتيجة فعل من العاقد الآخر يكون جريمة أو يعد غشا جسيماً مما تتحقـق بـه أركـان

---

(1) المادة 146/ 1 من القانون المدني العراقي التي تنص على "إذا نفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي" وتقابلها المادة (147/ 1) من القانون المدني المصري.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 247، د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص 23.

المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني إذ يمتنع عليه أن يرتكب مثل هذا الفعل في جميع الحالات سواء أكان متعاقداً أم غير متعاقد وأن استخلاص عناصر الغش وتقدير ما يثبت به من عدمه في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع"(1).

وفي عقود التشييد والبناء يثور أمامنا تساؤلاً عن إمكانية صاحب العمل أن يرجع على المقاول أو المهندس بدعوى المسؤولية العقدية أثناء مرحلة التنفيذ، أم عليه أن ينتظر حتى يتم التنفيذ ثم يقيم دعواه نتيجة الإخلال بشروط العقد، كما لو لاحظ صاحب العمل أثناء التنفيذ أن الأعمال تنفذ بشكل معيب أو غير مطابقة للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة.

هنا نتساءل هل يجوز له أن يبادر إلى رفع الدعوى على المهندس أو المقاول ؟ وهل يجوز لهؤلاء الدفع بأن الدعوى سابقة لأوانها فلا نستطيع أن نتأكد من عمل المهندس أو المقاول فيه إخلالاً بالالتزامات العقدية إلا في نهاية مدة العقد؟. وبالرجوع إلى المادة (869-1) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أنه " إذا ظهر أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا أنقضى الأجل بدون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لصاحب العمل أن يطلب أما فسخ العقد وإما أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ويجوز فسخ العقد في الحال إذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً.

فضلاً عن ذلك أن المادة 250 من القانون المدني العراقي نصت على:

---

(1) نقض مدني مصري، 2384 لسنة 54ق، جلسة 4/4/1990، مشار إليه في د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص238.

1- في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضروريا أن ينقذه بنفسه جاز للدائن أن يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا[1].

2- ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا إذن في المحكمة[2].

يظهر لنا مما سبق ذكره أن هناك حالات عديدة يستطيع فيها صاحب العمل أن يرجع على المهندس الإستشاري أو المقاول أو كليهما على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية على الرغم من وجود عقد مقاولة يربط ما بين الطرفين ومن هذه الحالات ما يأتي:

1- إذا كان خطأ المهندس الإستشاري أو المقاول تجاه صاحب العمل يرجع إلى المرحلة السابقة أي قبل التعاقد لاسيما مرحلة المفاوضات والتي يقصر فيها المهندس أو المقاول تنبيه صاحب العمل إلى مخالفة عقد المقاولة للبنود القانونية، أو التضليل فيما يتعلق بتقديم المشورة في هذا النوع من الأعمال أو إفشاء أسرار المفاوضات أو إعطاء معلومات غير دقيقة أمام الغير بقيمة العقد يتمكن الغير من الحصول على أسعار مبالغ فيها عندما يستعين صاحب العمل بهم[3].

2- إذا أرتكب المهندس أو المقاول خطأ تقصيرياً يتمثل في مخالفة أحكام القانون، مثل استخدام مواد مخالفة للمواصفات الفنية المطلوبة أو التنفيذ الخاطئ وقد نصت المادة (39/ 1) من عقد FIDIC[4]، على ما يأتي:

(1) تقابلها المادة (650) من القانون المدني المصري، والمادة (785) من القانون المدني الأردني.

(2) تقابلها المادة(209) في القانون المدني المصري، والمادة (356) من القانون الأردني.

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص 26.

(4) شروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين. Federation International Des Ingenieurs Conseils (FIDIC)، fourth Edition، 1987.

"للمهندس سلطة إصدار التعليمات للمقاول، كلما استدعى الأمر وذلك في الحالات الآتية:

أ- أن يزيل في الموقع المواد والآلات التي تعد في أي المهندس غير متفقة مع العقد وأن تتم الإزالة في الأوقات التي تحددها التعليمات الصادرة من المهندس.

ب- إحلال المواد الأصلية والمعدات والمهمات المناسبة.

ج – إزالة أي عمل وإعادة تنفيذه كما ينبغي ولا يحول دون ذلك مسبقاً فحصه أو إجراء اختبار بشأنه وذلك في الحالات الآتية:

- إذا كانت المواد أو المصنعية، لا تتفق في رأي المهندس مع شروط العقد.
- إذا كان التصميم الذي قدمه المقاول لا يتفق مع العقد.

فإذا لم يقم المقاول بتنفيذ تعليمات المهندس أو الامتثال لها، كان لهذا الأخير أن يقوم بتنفيذ هذه الأعمال على حساب المقاول وبالطريقة التي يراها مناسبة....

وهذا ما نصت عليه المادة 39/ 2 من عقد FIDIC "إذا أخل المقاول بهذه التعليمات ولم يفِ بها خلال المدة الواردة أو خلال مدة معقولة، كان لصاحب العمل أن يستخدم مقاولين آخرين لتنفيذ التعليمات التي أصدرها المهندس ويحدد المهندس بعد التشاور مع المقاول وصاحب العمل مجموع التكاليف الناشئة عنها أو المتعلقة بها والتي يحق لصاحب العمل استردادها من المقاول أو خصمها من مستحقاته......".

ونرى أن السلطة التي يتمتع بها صاحب العمل والمهندس الإستشاري الذي يشرف على تنفيذ العقد وهو في الوقت نفسه يمثل صاحب العمل لا يمكن القول بها بدون نص صريح في العقد إذ أنها تخالف القواعد العامة في المسؤولية العقدية فهي تفترض بقاء العقد واستمراره، وأن تنفيذ الأعمال المخالفة للعقد من قبل المقاول، يتم تنفيذها من قبل صاحب العمل وعلى حساب المقاول المخل بالتزاماته التعاقدية إعمالاً للعقد ولقوته الملزمة وذلك بدون حاجة إلى استصدار حكم بذلك وهو يتجاوز الأحكام

الواردة في المادة (869)[1] من القانون المدني العراقي والتي نصت على ما يأتي: "1- إذا ظهر لصاحب العمل أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معين أو مناف للعقد، فله أن ينذره بأن يعدل إلى الطريقة الصحيحة خلال أجل مناسب يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لصاحب العمل أن يطلب إما فسخ العقد، وإما أن يعهد بالعمل إلى مقاول آخر على نفقة المقاول الأول، متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك. ويجوز فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلاً. 2- على أن العيب في طريقة التنفيذ أو لم يكن من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو صلاحيته للاستعمال المقصود منه، فلا يجوز فسخ العقد". ولا شك أن هذا الشرط جائز ومشروع، إذ أنه لا يتعارض مع النظام العام والآداب على أن إعمال المهندس الإستشاري المشرف على تنفيذ العقد لسلطته في هذا المجال سوف يكون مؤشراً قوياً على تعثر تنفيذ العقد وإتجاه صاحب العمل إلى فسخ عقد المقاولة.

وأن وجود مثل الجزاء في عقد المقاولة سوف يكون رادعاً قوياً يحول بدون المقاول والإخلال بالعقد كما أنه يجنب صاحب العمل مخاطر أن يتم إنجاز العمل بطريقة مخالفة

(1) تقابلها المادة (383) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م التي نصت على ما يأتي: "يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن، وأما إذا كان الإصلاح ممكناً جاز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد ويصحح العمل ومن مدة معقولة. فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد أو بترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول".

للشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد ومن ثم يكون فيه من الصعب المطالبة بالتنفيذ العيني وإصلاح ما لحق البناء من عيوب[1].

3- ارتكاب المهندس أو المقاول خطأً تقصيرياً باستخدام الغش في تنفيذ العقد ويرى الفقه[2] إن المتعاقد الذي يستخدم الغش في تنفيذ التزاماته التعاقدية ليس له أن يتمسك بالنظام القانوني للمسؤولية العقدية الذي يرتكز في جوهره على الثقة والأمانة، وأن إدخال المسؤولية التقصيرية في مجال العلاقات العقدية له ما يبرره وأن المهندس أو المقاول باستخدامه الغش في تنفيذ أعمال العقد يتهرب بإرادته من التزاماته التعاقدية ليضع نفسه خارج حدودها وينظر هذا الاتجاه إلى تطبيق المسؤولية التقصيرية على أنه يمثل إستثناء على قاعدة عدم جواز الجمع أو الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

4- ارتكاب المهندس أو المقاول خطأ تقصيرياً يتمثل في مخالفة الواجب العام بعدم الانحراف بالسلوك بما يضر الآخرين كما لو تم استخدام المباني التي هي قيد التشييد في أعمال أو تصرفات مخالفة للنظام العام والتي تؤدي إلى الإضرار بسمعة صاحب العمل[3].

5- ومن الحالات الأخرى التي ترتب المسؤولية التقصيرية للمهندس أو المقاول الاعتداء على صاحب العمل أثناء تنفيذ عقد المقاولة ومنعه من دخول موقع العمل لتفقد سير الأعمال.

---

(1) د. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 247.

(2) د. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، المرجع السابق، ص276.

(3) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية أو للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها المرجع السابق، ص 27.

6- مخالفة المهندس أو المقاول للقوانين أو اللوائح المتعلقة بمهنة تنظيم مقاولات التشييد[1] .

المطلب الثاني
المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول عن الخطأ الشخصي تجاه الغير

تقوم المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول تجاه الغير قبل تسلم الأعمال إلى صاحب العمل، أما على أساس الخطأ المفترض أفتراضاً لا يقبل إثبات العكس[2] والتي تقتصر على حالة واحدة هي حالة تهدم البناء وأحداثه ضرراً بالغير بمعنى أن الغير الذي يشكو ضرراً في البناء إن أراد أن يرجع على المهندس أو المقاول فذلك قاصر على فرض واحد هو إن يكون هذا الغير قد لحقه ضرر ناتج عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً.

ويقصد بالغير هنا، كل شخص لم يكن طرفاً في عقد المقاولة بين المهندس والمقاول من ناحية وبين صاحب العمل من ناحية أخرى فالعلاقة هنا هي علاقة قانونية وهي قاصرة على أطرافها وهذه العلاقة تحتكم إلى المسؤولية العقدية بوصفها قاعدة عامة، أما الغير بالنسبة إلى هذه العلاقة أي الأجنبي عن عقد المقاولة في هذه الحالة يستطيع الغير أن يرجع على حارس البناء سواء كان صاحب العمل أو المقاول أو المهندس أي من تنعقد له إمكانية السيطرة والتوجيه والإدارة على أعمال البناء أو

(1) إذ نص المادة (57) من قانون تنظيم أعمال البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 على " يلتزم المقاول المنفذ والمهندس المشرف على التنفيذ بالتضامن فيما بينها بإتخاذ الإجراءات والاحتياطات اللازمة للمحافظة على سلامة الجيران والمارة والممتلكات والشوارع والممرات ومباني باطن الأرض وما يعلوها من أجهزة ومرافق ومنشآت وغيرها عند الشروع في تنفيذ الأعمال المرخص بها وذلك طبقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون من إجراءات في هذا الشأن".

(2) أنظر المادة (229) من القانون المدني العراقي و تقابلها المادة (177) من القانون المدني المصري والمادة (148) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

الأدوات المستعملة عن طريق المسؤولية التقصيرية، لعدم وجود عقد بينهم و بين المهندس أو المقاول[1].

فالغير المضرور يستطيع الرجوع على حارس البناء طبقاً لأحكام أي من المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية، إلا أن ذلك لا يمنع بطبيعة الحال حق المضرور في الاستناد إلى القواعد العامة في المسؤولية على أساس الخطأ أي المسؤولية عن الأعمال الشخصية طبقاً لنص المادة (163) من القانون المدني المصري التي تنص على "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض"[2].

ويدخل في مفهوم الغير هنا في هذا المطلب والذي سنقسمه على ستة فروع وهي كالآتي:

الفرع الأول: الأضرار التي تصيب المارة من جراء أعمال البناء.

الفرع الثاني: الأضرار التي تصيب الجيران بالنسبة للأرض موقع التشييد.

الفرع الثالث: الأضرار التي تصيب المستأجرون أثناء عمليات البناء.

الفرع الرابع: الأضرار التي تصيب المهندس والمقاول أثناء تنفيذ الأعمال.

الفرع الخامس: الأضرار التي تصيب المقاولون الآخرون أو العمال في موقع العمل.

الفرع السادس: الأضرار التي تصيب صاحب العمل أو أفراد أسرته.

الفرع الأول

الأضرار التي تصيب المارة من جراء أعمال البناء

قد يصاب أحد المارة من جراء عمليات البناء كأن تسقط عليه آله أو مادة تستخدم في أعمال التشييد والضرر قد يصيب الغير في جسمه أو ماله كما لو مرت سيارة من أمام البناء أو واقفة بالقرب منه، إذ يستطيع في هذه الحالة أن يرجع هذا الغير

---

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 44، د. محمد إبراهيم دسوقي المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص 28، وما بعدها.

(2) تقابلها المادة (204) من القانون المدني العراقي، والمادة (256) من القانون المدني الأردني.

على حارس البناء سواء كان المالك أو المهندس أو المقاول أي من تنعقد له السيطرة والتوجيه وإدارة عمليات التشييد أو الأدوات المستعملة[1] والرجوع على حارس البناء قد يكون على أساس المسؤولية عن حراسة البناء إذا توافرت أحكامها كأن يكون الضرر قد وقع بسبب تهدم كلي أو جزئي في البناء، وتقضي المادة (177) من القانون المدني المصري بأن حارس البناء ولم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر، ولو كان إنهداماً جزئياً ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه[2].

وتقضي المادة (178) من نفس القانون بأن "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلآت ميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة"[3].

ومفاد نص المادة (178) من القانون المدني المصري وما يقابلها في القانون المدني العراقي والأردني[4] أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي له مكنه السيطرة على شيء يلتزم بحراسته حتى لا يتسبب بضرر للغير، فإذا أخل بهذا الإلتزام أفترض الخطأ في جانبه والتزم بتعويض الغير عما يلحقه من ضرر بسبب الشيء الخاضع لحراسته ولا يعفيه من هذا الالتزام إلا أن يثبت أن الضرر وقع بسبب أجنبي على الرغم مما بذله من عناية في الحراسة. والمضرور في تهدم البناء غير مطالب بإثبات أن تهدم البناء راجع إلى إهمال في صيانة المبنى أو إلى عيب فيه فهذا أمر مفترض في حق الحارس ولكن

(1) د. محمد حسين منصور،، المرجع السابق، ص 44.
(2) تقابلها المادة (229) مدني عراقي، والمادة (290) مدني أردني، والمادة (148) من قانون المعاملات المدنية السوداني.
(3) تقابلها المادة (231) مدني عراقي، والمادة (291) مدني أردني، والمادة (150) من قانون المعاملات المدنية السوداني.
(4) تقابلها المادة (231) مدني عراقي، والمادة (291) مدني أردني.

هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فالحارس يستطيع إثبات عدم وجود إهمال في صيانة البناء أو قدمه أو عيب فيه[1] أما الأشياء التي تستخدم في عمليات البناء إن لم تكن خطرة بطبيعتها، إلا أنها بحسب الظروف التي وضعت فيها فإنها تصبح كذلك ومن ثم تتطلب حراسة خاصة وتستوجب تطبيق المادة (231) من القانون المدني العراقي، وتلك المادة هي الأجدر بالتطبيق على غالبية الأضرار لتي تنجم أثناء أعمال التشييد لأننا في هذه الحالة لا نكون بصدد بناء مكتمل بالمعنى الدقيق، ومصدر الضرر هو في الغالب الآلات والمعدات المستعملة[2].

فضلاً عن ذلك أن المضرور قد يستند إلى أحكام المسؤولية عن الآلات والمعدات[3] على إعتبار أنها أفضل لها من أحكام المسؤولية عن حراسة البناء لأن الخطأ في المسؤولية الأولى لا يقبل إثبات العكس، أما حارس البناء فيستطيع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أن تهدم البناء غير راجع إلى إهمال في صيانة البناء أو إلى عيب فيه[4]. وفي كل الأحوال فإن المضرور يحتفظ دائماً بحقه في طلب الحصول على التعويض إستناداً إلى أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية[5]، أن لم تتوافر شروط تطبيق مسؤولية حارس البناء أو مسؤولية الآلات والأدوات ولا شك في صعوبة هذا الطريق الذي يتطلب تحديد المخطأ شخصياً وإثبات خطئه ولكن لحسن الحظ أن هذا الفرض ينـدر

(1) محكمة النقض المصرية، 22 أكتوبر 1953، س5، ص 98.

(2) نقض جنائي، 30/ 4/ 1963، س14، ص 366، مشار إليه في د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 44.

(3) المادة (291) في القانون المدني الأردني التي نصت على "كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه، هذا على عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة" أنظر كذلك المادة (231) مدني عراقي، والمادة (178) مدني مصري.

(4) المادة (177) مدني مصري، والمادة (229) مدني عراقي، والمادة (290) مدني أردني.

(5) أنظر المادة (163) قانون مدني مصري، تقابلها المادة (204) مدني عراقي، والمادة (256) مدني أردني.

اللجوء إليه نظراً لوجود حارس دائم في أعمال البناء والتشييد، وإذا صعب التعرف عليه أسندت الحراسة إلى المالك لأن الحراسة تخصه بحسب الأصل، وعليه يقع عبء إثبات توافرها بالنسبة للمقاول أو المهندس(1).

الفرع الثاني

الأضرار التي تصيب الجيران بالنسبة للأرض موقع التشييد

يعد الجار من الغير بالنسبة لعملية التشييد لأنه أجنبي عن عقد المقاولة فإذا أراد أن يرجع بالتعويض عن الأضرار التي أصابته على المهندس أو المقاول طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ويستطيع الجار أن يستفيد من المادة (229) من القانون المدني العراقي لكن هذا لا يمنعه من الاستفادة من المادة (204) مدني عراقي فمسؤولية حارس البناء لا تلغي المسؤولية وفقاً للقواعد العامة وذلك بعد إثبات الخطأ من جانب من يريد الرجوع عليه.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية على "..... في حالة تصدع جدران وأساسات البناية العائدة للجار بسبب عمليات الحفر أو أعمال الخرسانة دون مراعاة الأصول الفنية اللازمة التي تمنع الأضرار بالمباني المجاورة أو قبل عمل الدراسات الضرورية حول طبيعة التربة، فهنا يمكن الرجوع مباشرة على المهندس أو المقاول بسبب الخطأ الشخصي أو على المالك إذا كانوا تابعين له ويستطيع هذا بدوره الرجوع عليهم بعد ذلك... "(2).

ويعوض الجار كذلك عن الأضرار التي تصيبه إستناداً إلى أحكام المسؤولية الشيئية وذلك إذا كانت تلك الأضرار ناجمة عن تهدم البناء أو بسبب الآلات والمعدات المستعملة فهنا يرجع على الحارس سواء أكان حارساً للبناء أم للأشياء حسب الأحوال،

---

(1) نقض جنائي، 29/1/1968، س27، ص 811، مشار إليه في د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 46.

(2) نقض مصري، 3/11/1983، مجموعة عمر 2، ص 421.

وذلك كأن يصاب هو أو أحد أفراد أسرته بسبب التهدم أو الآلات والمعدات أو تلف بعض ممتلكاته أو أجزاء من بنايته لسبب نفسه فخطأ الحارس يكون مفترضاً في هذه الحالة[1].

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا اعتبرت محكمة الموضوع استعمال الطاعنين لآلات ميكانيكية ثقيلة في دك أساسات بنايتهم الملاصقة لبناية المطعون ضدهم دون اتخاذهم التدابير والاحتياطات اللازمة في هذه الحالة لمنع ما تحدثه هذه العملية من أضرار في مبنى الجار خطا يستوجب مسؤوليتهم عن تعويض الضرر الذي تسبب عنه طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية فإن ما وصفته تلك المحكمة بأنه خطأ يصدق عليه هذا الوصف، وإذا حصلت المحكمة بعد ذلك في حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق أن الطاعنين جميعاً متضامنين في المسؤولية عن التعويض تكون قد التزمت حكم المادة (169) من القانون المدني"[2].

إلا أن الجار يستطيع الرجوع بالتعويض عن المضار غير المألوفة للجوار، فتبدو أهميتها في الحالات التي لا تطبق فيها النصوص السابقة حيث لا يكون هناك خطأ أو إهمال إذ الأصل إن كل مالك له أن يستخدم حقه متمتعا بكل سلطات الحق، وحق الملكية يولد سلطات التصرف والاستعمال والاستغلال، ومن ثم فمالك الأرض باعتباره صاحب حق ملكية يملك دائما أن يقيم أي مباني في هذه الأرض فهي أرضه ومن حقه أن يستعملها أو يستغلها على أن الجار قد يتضرر من هذه المباني فيشكو مضاراً تهدده هو بأضرار حقيقية. فالمالك يستعمل حقه بطريقة مشروعة بقصد الحصول على منفعة ودون قصد الأضرار بالغير.

فمن الطبيعي أن تسبب أعمال البناء بعض المضايقات للجيران كالضجيج والأتربة المتطايرة والغازات المتولدة عن المكائن والآلات المستخدمة في عملية البناء، إلا

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 51.

(2) نقض مدني مصري، 30/ 3/ 1967، س18، ص 704.

أن ذلك يمكن أن يصبح محلاً للمساءلة إذا تجاوزت تلك المضايقات الحد المألوف، كأن تستمر أعمال البناء إلى ساعات متأخرة من الليل، تلك الأضرار يسأل عنها المالك وذلك إستناداً إلى أن حسن الجوار أصبح من الالتزامات القانونية التي تفرض على حق الملكية ويرتب على تلك الإلتزامات مسؤولية الجار قبل جاره[1] ففي الحالات السابقة لا يوجد خطأ بالمعنى الدقيق وهذا ما يؤكده القضاء دائماً إذ يشترط للحكم بالتعويض اشارة فكرة الخطأ مطلقاً، فالمالك يكون قد أتخذ كافة الاحتياطات ومع ذلك وقع الضرر، لذلك فإنه من الأفضل للمضرور الاستناد إلى مضار الجوار غير المألوفة، إذ يكفيه إثبات وقوع الضرر الذي يجاوز القدر المألوف وبذلك يتجنب الصعوبات التي قد يجدها إذا أسس دعواه على القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية[2] وبناء على ذلك فإن الجار يستطيع الاستناد إلى المادة (1051)[3] من القانون المدني العراقي التي تنص على:

"1- لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضررا فاحشاً والضرر الفاحش يزال سواء أكان حادثاً أم قديماً.

2- وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في العين المجاورة، أن يطلب اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياطات عاجلة، ريثما تفصل المحكمة في النزاع.

3- وإذا كان أحد يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء وأحدث من جانبه بناء وتضرر من فعله فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه".

---

(1) د. حسن كيرة، حق الملكية، 1958، ص 15، د. توفيق فرج، الحقوق العينية الأصلية، 1981،ص104.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص 54.

(3) تقابلها المادة (807) قانون مدني مصري، والمادة (1) قانون مدني أردني.

وأحكام هذا النص تتفق في مجموعها مع أحكام نص القانون المصري والأردني[1] مع اختلاف في النص.

ولكي نحدد حالة مضار الجوار غير المألوفة فالقانون يفرض علينا أولا إلا نرتكب خطأ ما تجاه الجار، ويفرض علينا ألا نتعسف في استعمال حق الملكية ويفرض علينا ثالثاً إلا نغالي في استعمال حق الملكية وذلك على النحو الآتي:

1- الخطأ في استعمال حق الملكية:

فيما يتعلق بهذا القيد، وبما أن حق الملكية ليس حقا مطلقا وإن المالك في استعماله يجب أن يعمل في حدود القوانين واللوائح التي تقيد حق الملكية فإذا هو أخل بأي التزام فرضته عليه هذه القوانين واللوائح، كان الإخلال بهذا الإلتزام خطأ يستوجب مسؤولية التقصيرية.

وكما لو أرتكب المالك خطأ في الانحراف عن سلوك الشخص المعتاد فإذا تسبب هذا الانحراف أضراراً بالجار فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية في حدود القواعد العامة[2].

---

(1) تقابلها المادة (807) من القانون المدني المصري، والمادة (1027) من القانون المدني الأردني، وكان نصها متطابق، أن القانون الأردني أخذ النص عن القانون المدني المصري وقد نصا على:
"1- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار.
2- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعي ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر والغرض الذي نصت له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق".

(2) وهذا ما نصت عليه المادة (177-1) من القانون المدني المصري من أن "حارس البناء ولو لم يكن مالكا له، مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى الأهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه".

2- التعسف في استعمال حق الملكية:

يتحقق التعسف في استعمال حق الملكية في صور ثلاث نصت عليه المادة (7) من القانون المدني العراقي والتي نصت على"........

"أ- في استعمال حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

3- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير.

ب- إذا كانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا يتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة"[1].

مما تقدم فإذا كان البناء القصد منه الإضرار بالجار أو كان يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو كانت المنفعة التي ستعود عليه البناء قليلة الأهمية بالنسبة إلى الضرر الذي يصيب الجار، كان استعماله لحق الملكية على هذا النحو تعسفاً يستوجب مسؤوليته كما لو قام الجار بتعلية البناء أو أن يغرس أشجار في أرضه، بقصد حجب النور عن جاره وقد نصت على ذلك المادة (1025) من القانون المدني الأردني بأن" حجب الضوء عن الجار يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جارة سداً يمنع الضوء عنه وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعاً للضرر".

(1) تقابلها المادة (5) من القانون المدني المصري، والمادة (66) من القانون المدني الأردني مع اختلاف في النص، إذ نص هذا القانون على" 1- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع" 2- يكون استعمال الحق غير مشروع:

أ- إذا توفر قصد التعدي.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة في الفعل غير مشروعة.

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

وكما لو قام المالك بهدم جداره إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر بالجدار، وعلى الرغم من استعماله حق ملكيته ولكن إذا كان الهدم بدون عذر قوي، أي لا يحقق إلا مصلحة محدودة الأهمية، فإن مصلحة الجار الذي يستتر بالجدار في بقائه مستتراً به ترجح رجحانا كبيراً مصلحة المالك في هدم الجدار ومن ثم يعد هدم الجدار تعسفا في استعمال حق الملكية ويستوجب المسؤولية التقصيرية التي تجيز للجار أن يتصدى لوقف هذا التعسف(1).

وقد نصت المادة (818/ 2) من القانون المدني المصري على "ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً بدون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط".

4- عدم المغالاة في استعمال حق الملكية:

عدم المغالاة في استعمال المالك حق الملكية والذي يسمى بالمضار غير المألوفة للجوار وهذه تشكل طائفة من المضار قد تلحق بالجار نتيجة لعملية البناء هي أصلاً لا تدخل في إرتكاب المالك للخطأ فهو لم يخالف القوانين واللوائح ولم ينحرف عن السلوك للشخص المعتاد، ولم يفرض القانون خطأ من جانبه، ومع ذلك فإن المالك وهو يستعمل حق ملكيته قد أضر بجاره، فهل يكون مسؤولاً مع أنه لم يرتكب خطأ ولم يتعسف في استعمال حقه ؟

من نص الفقرة الثانية من المادة (807) في القانون المدني المصري "ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها،وإنما له أن يُطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف" فمسؤولية المالك هنا تكون عن الضرر غير المألوف للجوار أي عن الضرر الذي يصيب الجار.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابق، المرجع السابق، فقرة (425)، ص 691.

وهنا يثور التساؤل، لما كان المالك أو صاحب العمل هو المسؤول بعدم تجاوز الحدود المألوفة لمضار الجوار في مواجهة الجار، فما دور المهندس أو المقاول في هذا المعنى أو بمعنى أخر هل يستطيع المهندس أو المقاول أن يدفع دائما دعوى الجار بأن المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة تقع على عاتق المالك أو صاحب العمل وحده ولا دخل للمهندس أو المقاول فيها ؟

في هذا الصدد نجد أن القضاء الفرنسي يفرق بين طائفتين من المضار غير المألوفة[1].

الطائفة الأولى: تتمثل في مضار خارجه عن عملية البناء والتشييد وهذه تقع على المالك أو صاحب العمل.

كما لو طلب صاحب العمل أعداد تصميم البناء والذي يتم في شأنه أن يسد حق ارتفاق عن الجار أو يكون في تصميم المبنى الجديد أن تسلط مياه الأمطار أو الغازات أو المداخن إلى واجهة مبنى الجار، فهذه مضار تتجاوز المألوف ولكنها لا تتعلق بأعمال البناء والتشييد بل تتعلق بكيفية استعمال الجار لحقوقه فهو لم يصل إلى حد التعسف ولكنه يستخدم حقه بطريقة فيها تجاوز للحدود المألوفة بين الجيران، فيكون الرجوع هنا على المالك أو صاحب العمل وحده.

الطائفة الثانية: وهي التي تشمل المضار التي تدخل في عملية البناء والتشييد وهذه تقع على عاتق المهندس أو المقاول بإعتبار أن الضرر المتجاوز ليس صادراً عن الجار ولكنه صادراً عن أعمال يقوم بها المهندس أو المقاول لدى الجار، فعملية البناء والتشييد في ذاتها من الأعمال المزعجة للجار، ومثال على ذلك أن تستمر عملية دق الأسس الخرسانية نهاراً وليلاً بما يجاوز المألوف على الرغم من وجود أساليب حديثة ربما تكون أكثر كلفة ولكنها أقل أضراراً بالجيران ومثال على ذلك أيضا استعمال المهندس أو

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص ص34-35.

المقاول أرض الجار بطريقة غير مألوفة أو متجاوزة أثناء عملية التشييد، وفي ذلك أيضاً تطاير المواد الإنشائية والشوائب والأسمنت إلى ممتلكات الجار وسد المقاول لحقوق الارتفاق المشتركة وسده للطرق العامة أو الخاصة فإذا وقع شيء من ذلك كان المهندس أو المقاول مسؤولاً عن هذا التجاوز في مضار الجوار مسؤولية تقصيرية مباشرة على اعتبار أن الالتزام القانوني باحترام حق الجار يقع أصلاً على المالك أو صاحب العمل، فإن الإخلال بهذا الإلتزام من جانب المهندس أو المقاول يوقع عليهما مسؤولية مباشرة.

الفرع الثالث

الأضرار التي تصيب المستأجرين أثناء عمليات البناء

صاحب العمل أو مالك العقار يقوم عادة بإبرام عقود إيجار مع مستأجر أو مجموعة من المستأجرين إذا كان البناء يتكون من مجموعة من الوحدات السكنية قبل إتمام أعمال البناء والتشييد، فهنا يكون محل العقد غير موجود لكنه قابل للوجود في المستقبل، فالأضرار التي قد تصيب المستأجر أما أن تكون بعد تسلمه للوحدة السكنية أو قبل ذلك[1].

فإذا أصيب المستأجر بإضرار بسبب تهدم البناء جزئياً أو كلياً بعد تسلمه للوحدة السكنية المستأجرة، فالأصل في هذه الحالة أن تطبق مسؤولية صاحب العمل أو مالك الوحدات السكنية كحارس للبناء، إلا إنه نظراً لوجود رابطة عقدية بين المالك والمستأجر فإن أحكام هذا العقد هي التي تطبق، إذ يستطيع المستأجر الرجوع على المالك بدعوى المسؤولية العقدية لأن الضرر ناجم عن إخلاله بأحد الالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار إلا وهو الالتزام بالصيانة، فوجود العقد هنا يمنع المستأجر الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المتعلقة بحارس البناء، وقد نصت المادة (750) من القانون المدني العراقي على:-

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص58 وما بعدها.

1- على المؤجر إصلاح وترميم ما حدث من خلل في المأجور أدى إلى إخلال في المنفعة المقصودة منه.

2- إذا أمتنع المؤجر من الترميم كان للمستأجر أن يفسخ الإجارة أو أن يقوم بالترميم بإذن من المحكمة، ويرجع على المؤجر بما صرف بالقدر المعروف"[1].

مفاد النص السابق أن التزام المؤجر بصيانة المأجور وحفظها إنما هو تقدير للنية المحتملة للمتعاقدين وإنه إذا أتفق الطرفان على ما يخالفها تعين إعمال اتفاقهما، بينما ذهبت المادة (758) من القانون المدني العراقي بالنص على:-

1. " إذا وجد بالمأجور عيب يتحقق معه الضمان جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة.
2. فإذا لحق المستأجر ضرر من العيب إلتزم المؤجر بتعويضه ما لم يثبت انه كان يجهل وجود العيب"[2].

وقد شدد المشرع العراقي من مسؤولية المالك بهذا الخصوص وكما جاء في المادة (759) من القانون المدني والتي قضت بما يأتي:- " يقع باطلاً كل أتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب، إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان"[3].

يظهر من النصوص السابقة أن المشرع قد أفصح عن رغبته في إقامة نطاق محدد لأحكام كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فإذا قامت علاقة تعاقدية محددة بأطرافها ونطاقها وكان الضرر الذي قد أصاب احد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، فإنه يتعين الأخذ بأحكام العقد وبما هو مقرر في القانون

(1) تقابلها المادة (567) من القانون المدني المصري، والمادة (681) من القانون المدني الاردني.
(2) تقابلها المادة (577) من القانون المدني المصري، والمادة (687) من القانون المدني الاردني.
(3) تقابلها المادة (689) من القانون المدني الاردني، والمادة (578) من القانون المدني المصري.

بشأنه بإعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي تضبط العلاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه صحيحاً أو عند الإخلال بتنفيذه.

أما عن الأضرار التي تصيب المستأجر قبل تسلمه للوحدة السكنية، كأن يصاب أثناء متابعته أعمال البناء لمتابعة طريقة التنفيذ وتطبيق الشروط والمواصفات المطلوبة، ففي هذه الحالة يعد المستأجر من الغير ويأخذ حكمه على أساس المسؤولية التقصيرية سواء على أساس الخطأ الثابت أو الخطأ المفترض في حق حارس البناء أو الآلات والأشياء الخطرة،والحارس قد يكون المهندس أو المقاول، وهنا لا يحتج بالعقد لمنع تطبيق المسؤولية التقصيرية، فالعقد لا يقوم في علاقة المستأجر بالمقاول أو المهندس من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يفترض إن المالك هو حارس البناء، فإن العقد الذي يربطه بالمستأجر لم يدخل بعد في مرحلة التنفيذ إذ لم تسلم له الوحدة السكنية، فضلاً عن أن الضرر المطلوب التعويض عنه ليس ناشئاً عن الإخلال بالالتزام بالصيانة وهي ليست من ضمن بنود العقد، بل عن الإخلال بواجب الحراسة[1].

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بما يأتي:- إن المشرع قد جاء نص المادة (177) من القانون المدني الخاص بمسؤولية حارس البناء ضمن النصوص المتعلقة بالمسؤولية عن العمل غير الشروع لحماية غير المتعاقدين في حالة تهدم البناء أو جزء منه، أما من يربطه بحارس البناء عقد إيجار، فإن أحكام هذا العقد ونصوص القانون المدني التي تنظم أحكام عقد الإيجار تكون وحدها الواجبة التطبيق لتحديد مسؤولية المؤجر[2].

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص60.

(2) محكمة النقض المصرية، طعن 268 لسنة 47 ق، جلسة 27/1/1981، س32، ص355، نقلاً عن د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص60.

الفرع الرابع
الأضرار التي تصيب المهندس أو المقاول أثناء التشييد

على الرغم من أن المهندس والمقاول يشتركان في تنفيذ عقد تشييد واحد، ويرتبطان تعاقدياً مع صاحب العمل، إلا أن كلاً منهما يعد غيراً في مواجهة الآخر ويترتب على ذلك أن مبادئ المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق فيما بينهما إذا ارتكب أحدهما خطأً أدى إلى الإضرار بالآخر[1]، وبالرجوع إلى المادة (870) من القانون المدني العراقي والتي نصت صراحة على تضامن المهندس والمقاول في مسؤوليتهما تجاه صاحب العمل، عن أي تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني وأقاماه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يظهر من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته، فضلاً عن ذلك فإن المهندس والمقاول يتضامنان في مسؤوليتهما التقصيرية تجاه المضرورين من الاغيار، وذلك طبقاً لصريح نص المادة (217-1) من القانون المدني العراقي والتي قضت بما يأتي:- 'إذا تعدد المسؤولين عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر...'.

ومن النص السابق يظهر أن التضامن مقرر بنص القانون لمصلحة الشخص المضرور، لذلك فإن التعويض الذي يترتب دفعه من قبل المهندس والمقاول يقسم بينهما، كل بنسبة جسامة خطئه إذا أمكن للمحكمة المختصة بالموضوع تحديد ذلك وفق سلطتها التقديرية، وفي حالة عدم إستطاعتها ذلك، فيمكن قسمتها مناصفة بينهما. وقد يرتبط المهندس أو المقاول بعقد عمل مع مهندس أو مقاول آخر وتنعقد له صفة الحارس على عملية البناء في جملتها أو على الجزء الخاص به، ففي حالة حدوث أضرار ناتجة عن تهدم جزئي أو كلي أو عن الآلات أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة، فإن الشخص الذي يصاب بضرر يستطيع الرجوع على الحارس طبقاً لمسؤولية حارس الأشياء وحسب الأحوال، كأن يصاب مقاول أعمال التأسيسات الصحية من تهدم جزء من البناء الذي يقوم بتنفيذه مقاول البناء. أما إذا كان الضرر راجعاً إلى البناء أو الشيء الذي

---

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص421.

يدخل تحت حراسته فإن الخطأ يكون مفترضاً في جانبه هو، إلا أن ذلك لا يمنع من إمكان رجوعه على التابع له الذي تسبب مباشرة في هذا الضرر، ولكن بالرجوع يكون طبقاً للقواعد العامة أي يلزم إثبات خطأ التابع، لأن الخطأ المفترض يكون في جانب الحارس لمصلحة المتضرر ولا يستفيد منه الحارس نفسه[1].

الفرع الخامس

الأضرار التي تصيب صاحب العمل (المالك) وأفراد أسرته أثناء عمليات البناء والتشييد

إذا كانت الحراسة على عمليات البناء والتشييد تنعقد على المهندس أو المقاول، فإذا أصيب المالك أو احد أفراد أسرته بأضرار فإنه يستطيع الحصول على التعويضات التي تصيبه استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ المفترض سواء أكان في حق حارس البناء أم حارس الآلات بحسب مصدر الضرر، ولكن الأضرار المقصودة هنا تلك التي لا تنتج عن الإخلال بأي من الالتزامات الداخلة في مضمون العقد الذي يربط المالك بالمقاول أو بالمهندس، وإلا كان التعويض على أساس المسؤولية العقدية، وتبدو الحالات التي يأخذ فيها المالك أو صاحب العمل حكم الغير ويستند في دعوى التعويض إلى المسؤولية التقصيرية:[2]

1. الأضرار الجسدية التي تصيبه أثناء تواجده في موقع العمل لمتابعة سير الأعمال، إذ أن عقد المقاولة لا يتضمن إلتزاماً بالسلامة تقع على عاتق المهندس أو المقاول، ولو قلنا بوجود مثل هذه الالتزام لكانت المسؤولية ذات طبيعة عقدية في حالة إصابة صاحب العمل أو المالك بأي ضرر.

---

(1) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص71 – 72.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص73 وما بعدها.

2. وتكون المسؤولية تقصيرية كذلك في حالة الأضرار التي تصيب المالك أو صاحب العمل في أمواله التي ليست لها صلة بعملية البناء والتشييد، كما لو حصل سقوط آله أو أي مادة إنشائية على سيارته الواقفة قرب موقع العمل.
3. أما الغرض الذي تنشأ فيه الأضرار بسبب الإخلال بأحد الالتزامات الداخلة في مضمون العقد فإن المسؤولية تنقلب من عقدية إلى تقصيرية إذا كان هذا الإخلال منطوياً على غش أو خطأ جسيم.
4. ويمكن للمالك أن يرجع على المهندس أو المقاول بدعوى الحلول، إذ يستطيع أن يحل محل الغير المضرور، بعد أن يكون قد دفع له التعويض في دعوى المسؤولية التقصيرية التي تكون ضد من أرتكب الخطأ منهما أو عليهما متضامنين، إذ قد يرجع الغير على المالك بوصفه حارساً للبناء عن أضرار أصابته بسبب أخطاء صدرت من المهندس أو المقاول، في هذه الحالة يستطيع المالك أن يحل محل المضرور أن يحصل على ما دفعه من تعويض من خلال إثبات الخطأ في جانب المسؤول منهم، هذا فضلاً عن حقه في مقاضاة المسؤول بدعوى شخصية له للحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء رجوع الغير عليه، وهذه الدعوى الشخصية تستند إلى المسؤولية العقدية إذا كان مصدر الضرر الإخلال بالتزام داخل مضمون العقد المبرم بينهما.
5. ونظراً لعدم وجود علاقة مباشرة بين المالك وبين العمال والفنين والمقاولين من الباطن الذي يرتبطون بعقود مباشرة مع المهندس أو المقاول الأصلي، فإن المالك إذا أراد الرجوع على أي من هؤلاء للتعويض عن الأضرار التي تصيبه بسبب خطأ أحدهم فإن رجوعه يكون على أساس المسؤولية التقصيرية.

وقضت محكمة النقض المصرية بهذا الخصوص على"... ولكن ذلك لا يمنع من إمكان مساءلة المقاول الأصلي بوصفه متبوعاً يسأل عن أعمال التابعين لديه من عمال وفنين إذا صدرت عن هؤلاء أخطاء أثناء وبسبب العمل"[1].

من النص السابق لمحكمة النقض المصرية يظهر أن مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع تقوم على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء إختياره لتابعيه وتقصيره في رقابته، وهي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون ولمصلحة المضرور تقوم على فكرة الضمان القانوني[2]. هنا المتبوع يعد في حكم الكفيل المتضامن بكفالة مصدرها القانون وليس العقد، وعلى ذلك فيحق للمتبوع أن يرجع على تابعه، لا على أساس إنه مسؤول معه بل لأنه مسؤول عنه عن طريق الدعوى الشخصية، وقد قضت الفقرة الأولى من المادة (375) من القانون المدني العراقي بما يأتي "يصح وفاء الدين من المدين أو نائبه، ويصح وفاؤه من أي شخص أخر له مصلحة في الوفاء كالكفيل..." وكذلك يمكن له أن يرجع على التابع بدعوى الحلول المنصوص عليها في المادة (1033)[3] من القانون المدني العراقي والتي نصت على:-

1. "إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما أدى على المدين.
2. ويحل الكفيل مكان الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره".

---

(1) محكمة النقض المصرية، 8/ 5/ 1976، س29، ص1180، مشار أليه في د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص74.

(2) المادة (174) من القانون المدني المصري قد نصت على:-

1- يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقفاً منه في حالة تأديته وظيفته او بسببها.

2- وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حراً في إختيار تابعة حتى كان عليه فعلية في رقابته وفي توجيهه.

(3) تقابلها المادة (799) من القانون المدني المصري.

ومن نص هذه المادة والتي تبين أنها تطبيقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني[1] وبناءً على ما تقدم فإن المتبوع يترتب عليه في هذه الحالة عندما يريد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه، ولا يمكن الاستناد إلى الخطأ المفترض الذي يكون مقرراً لمصلحة المضرور في علاقته من إلتزامه بالضمان قبل المالك إستناداً إلى الأخطاء الصادرة من العمال والفنيين أو مقاولي الباطن، فهو يسأل عن الخطأ الصادر منهم حتى لو كان صاحب العمل أو المالك هو الذي يجهزهم له، إذ لا يهم أن يكون المتبوع حراً في إختيار تابعه، ويكفي تحقيق رابطة التبعية من خلال ما يكون للمتبوع على التابع من سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه[2].

ولا يعفى من هذه المسؤولية إعفاء كلياً، ولكن يعفى المهندس أو المقاول إعفاءاً جزئياً إذا كان الخطأ المفترض فيهما مشتركاً مع خطأ صاحب العمل، فقد قضي بأن توريد صاحب العمل لمواد معيبة من الاسمنت والحديد لا يمنع من المسؤولية المشتركة بأعتبار انه كان يقع على عاتق المهندس والمقاول مسؤولية فحص هذه المواد قبل إستخدامها[3].

(1) المادة (379) من القانون المدني العراقي والتي نصت على "اذا دفع الدين شخص غير المدين حل الدافع محل الدائن بحكم القانون في الاصوال الاتية:-
أ- اذا كان ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه.
ب- اذا كان دائناً ووفى دائناً أخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للدافع أي تأمين.
ج - اذا كان قد أشترى عقاراً ووضع ثمنه تسديداً لأحد الدائنين اللذين خصص العقار لضمان حقوقهم.
د - اذا كان هناك نص يقرر للدافع حق الحلول" وتقابل هذه المادة في القانون المدني المصري (326).
(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص112 - 113.
(3) د. محمد ابراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص57.

المبحث الرابع
مسؤولية المهندس والمقاول عن الخطأ المهني

الخطأ:- هو الركن الأساسي في المسؤولية التقصيرية، ويقصد به الإخلال بالتزام قانوني، وإن هذا الالتزام الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام ببذل العناية أو هو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا اعترف الشخص في هذا السلوك الواجب وكان من المقدرة على التمييز بحيث يدرك انه انحراف،كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية[1]، أما الخطأ المهني فيعرف بأنه الخطأ الذي يتعلق بصناعة الشخص أثناء مزاولته إياها كخطأ المهندس، والمقاول،والطبيب،والمحامي ومن في حكمهم وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن أو الصنعة في ذاتها[2].

وقد اعتبر جانب من الفقه بأن الخطأ المهني هو:

'الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون بها عن السلوك المهني المألوف طبقا للأصول الثابتة، وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها[3].

'الخطأ المرتكب من شخص أثناء ممارسته مهنته وينطوي على إخلال بالقواعد العلمية والفنية لتلك المهنة[4].

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-مصادر الالتزام،ج2 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، الفقرة 527، ص881-882.

(2) حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية،مطبعة مصر، القاهرة،ف 195، ص239.

(3) احمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان 2008، ص105.

(4) د. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم،دار النهضة العربية، 199، ص93.

وفي تعريف آخر من جانب الفقه فقد عدّ " ذلك الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنهم ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف طبقا للأصول المستقرة"[1].

وعلى هذا نجد أن خطأ المهندس والمقاول هو الخطأ الذي يرتكب من قبل أي منهما أثناء قيامه بممارسة مهنته ويعد هذا الخطأ خروجا عن الأصول العلمية والفنية والعلمية السائدة والمستقرة في هذه المهنة.ومن الطبيعي أن تحديد مفهوم الخطأ مرتبط بتحديد الطبيعة القانونية لتلك المسؤولية، ففي مجال بحثنا في مسؤولية المهندس والمقاول نجد أن مسؤوليتهم عقدية وذلك أنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم أو مع أصحاب العمل، وما دام العقد مصدرا للالتزامات،فأن الضرر الذي ينشأ عن إخلال المهني بواحدة منها تتولد عنه مسؤولية من الطبيعة نفسها، أي مسؤولية عقدية، وعلى الرغم من المحاولات التي بذلت من الفقه لاعتبار أن خطأ المهني يجعل للشخص المضرور الخيار بين المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، إلا أن هذه المحاولات لم تفلح، ومع ذلك فان إضفاء الطبيعة العقدية على مسؤولية ذوي المهن قد أصبح الآن محلا لانتقادات شديدة من جهة، لان المسؤولية المهنية تتخطى حدود التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية، ومن جهة أخرى لان القواعد المنظمة للمسؤولية المهنية تناقض في بعض الأحيان قواعد المسؤولية العقدية[2].

فضلاً عن ذلك فأن الخطأ المهني يختلف عن كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيري ويوحد بين فكرتيهما، فالخطأ العقدي وفقا للفقرة الأولى من المادة (211) من

(1) د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص73.

(2) د. جابر محجوب علي محجوب، قواعد اخلاقيات المهنة، بدون دار نشر،القاهرة، 2001،ص149.

القانون المدني المصري[1] يقدر بمعيار موضوعي بتقدير سلوك المدين ومقارنته بسلوك رب الأسرة الحريص الذي جعل قدر عنايته – بنص القانون معيارا بالالتزام[2].

ويتخذ المعيار الموضوعي أيضا أساسا لتقدير الخطأ التقصيري،إذ يقاس سلوك الشخص الذي أحدث الضرر بسلوك الشخص المعتاد من أوسط الناس حيطة وتبصراً[3].

ولتحديد معنى الخطأ العقدي على نحو دقيق يجب التمييز بين نوعين من الالتزامات العقدية، فإذا كان الالتزام العقدي للمهندس أو المقاول التزام بغاية أي تحقيق نتيجة معينة بمواصفات خاصة ومحددة في العقد، فالخطأ يكون هنا واقعا بمجرد عدم تحقق هذه الغاية أو النتيجة أو كان تحققا معيبا ومخالفا للشروط والمواصفات المطلوبة[4].

أما إذا كان التزام المهندس أو المقاول التزاما ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة معينة وإنما بذل مقدار من العناية كتلك التي يبذلها أوسط المهندسين أو المقاولين كفاءة وتيقظاً، كأن يلتزمان بإدارة أعمال البناء أو الإشراف عليه[5].

---

(1) تنص الفقرة الاولى من المادة (211) من القانون المدني المصري على ما ياتي "في الالتزام بالعمل،اذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بادراته او ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. لهذا ما لم ينص القانون او الاتفاق على غير ذلك".

(2) د. محمود جمال الدين زكي، مصادر الالتزام، المرجع السابق،فقرة 179،ص328.

(3) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، فقرة 242، ص464 وما بعدها.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المجني- نظرية الالتزام،ج1 منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان -2000، ص253.

(5) د. عبد اللطيف الحسيني،المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية، المرجع السابق، ص213.

وهذا هو المعيار الفني المقصود بمعيار رب المهنة العاقل أي من أواسط أصحاب المهنة يقظة وعلما مع الأخذ بنظر الاعتبار درجة تخصص كل منهم أو مرتبته العلمية أو خبرته العملية.

أما الخطأ التقصيري،فقد عرفه كثير من الفقهاء بأنه "إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن ادراك"[1].والخطأ التقصيري يتحلل إلى عنصرين أولهما مادي أو موضوعي وهو الإخلال،وثانيهما معنوي أو نفسي وهو الادارك[2].

أما فيما يتعلق بمفهوم الخطأ المهني أمام التشريع والقضاء فأن التشريعات منقسمة إلى قسمين، قسم يأخذ بالمسؤولية الموضوعية مثل المشرع الأردني والسوري، وقسم آخر يأخذ بالمسؤولية الشخصية مثل المشرع المصري والعراقي والفرنسي، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول: موقف التشريع والقضاء المصري من مفهوم الخطأ المهني.

المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء الاردني من مفهوم الخطأ المهني.

المطلب الأول

موقف التشريع والقضاء المصري من مفهوم الخطأ المهني

نصت المادة (163) من القانون المدني المصري على أن "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" كما نصت الفقرة الأولى من المادة (164) على ما يأتي "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز" وهذا يعني أن المشرع المصري أقام المسؤولية عن الفعل الشخصي على أساس الخطأ وأن على الشخص المضرور إثبات وجود الخطأ من طرف المسؤول، وأن هناك علاقة سببية بين

---

(1) د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني-الالتزامات، المطبعة العالمية،القاهرة، 1969،ص318.

(2) د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، مصادر الالتزام،ج1، دار وائل للنشر، عمان، 2002، ص270.

الفعل الناجم عن الخطأ والضرر وقد أخذ القضاء المصري في هذا الشأن اتجاهين مختلفين:-

الاتجاه الأول:- في بادئ الأمر كان قد عدّ الخطأ المهني هو الخطأ الجسيم، وقد أخذت بعض أحكام القضاء المصري بهذا الاتجاه، فقد عرف الخطأ المهني بأنه "الخطأ الفاحش الذي يبلغ من جسامته أن يدل بذاته على نية الغش لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات، فهو خطأ لا يعلوه في سلم الخطأ درجة ولا ينقصه ليصبح غشا غير أن يقترن بسوء النية فهو الخطأ الفاحش الذي لا يقع فيه المحامي الذي يهتم اهتماما عاديا بعمله ومن أمثلته الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون، أو الجهل الذي لا يغتفر بالوقائع الثابتة بملف الدعوى"[1].

يتضح إن مسؤولية المهني تتجاوز نطاق المسؤولية العقدية والتقصيرية وقد تجمع بين قواعدهما بحيث تجد مكانها وتعمل آثارها عند مخالفة المهني للواجب المهني الملقى على عاتقه بمراعاة قواعد وآداب مهنية، وهذا الطابع المهني الناتج عن مخالفة الواجب المهني يعطي للمسؤولية خصوصيتها، فمخالفة الالتزام المهني يرتب في الوقت نفسه جزائين أولهما تأديبي وثانيهما مدني[2].

الاتجاه الثاني:- وهو الاتجاه الحديث في القضاء المصري فقد ذهب إلى القول بأن لا فرق بين مفهوم الخطأ المهني وبين مفهوم الخطأ بمعناه المطلق في إطار المسؤولية المدنية، ومن ثم فأن هذا الاتجاه ساوى بين مفهوم كل منهما ومن ثم فقد قال بمسؤولية المهني عن كل خطأ يرتكبه مسندا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية من دون أي فرق بين ما يرتكبه المهني من أخطاء سواء أكانت بمناسبة لممارسته لمهنته أم لا.

---

(1) محكمة استئناف طنطا في 27/ 12/ 1971، مجلة المحاماة، العددان الخامس والسادس السنة الثانية والخمسون 1972، ص113.

(2) د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 204، ص44.

فقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية بما يأتي"أن الطبيب الذي يخطأ مسؤول عن نتيجة خطئه، بدون تفريق بين الخطأ العادي والخطأ الجسيم، ولا بين الفنيين وغيرهم، والقول بعدم مسائلة الطبيب في حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسيم بدون اليسير، هذا القول كان مثال اعتراضات لوجود صعوبات في التمييز بين نوعي الخطأ ولان نص القانون الذي يرتب مسؤولية المخطئ عن خطه جاء عاما على نحو غير مقيدة فلم يفرق بين الخطأ اليسير والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم ويسأل الطبيب عن إهماله، سواء كان خطأه جسيما أم يسيرا، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص"[1].

ومن ثم يمكن القول بان مفهوم الخطأ المهني من وجهة نظر القضاء المصري الذي اخذ يقرر مسؤولية المهنيين عن كل خطأ يرتكبونه يسيرا كان أو جسيما وذلك وفقا للأحكام العامة في المسؤولية المدنية، فمسؤولية المهني تتحقق عند عدم مراعاته للالتزامات التي تفرضها عليه الأصول العلمية والفنية السائدة والمستقرة في فنه أو مهنته والتي لا تحتمل أي جدال أو نقاش فنيا تختلف فيه الآراء بل إن اغلبهم يسلمون به ولا يقبلون فيها جدلا"[2].

وقد فسرت محكمة استئناف المنصورة الخطأ المهني الجسيم بأنه "الخطأ الفاحش الذي يخرج عن الغش وضرب له الفقهاء مثلا الجهل الفاضح بالمبادئ الأساسية للقانون أو الجهل الذي لا يغتفر بالوقائع الثابتة في ملف الدعوى وكذلك الإهمال وعدم الحيطة البالغة الخطورة"[3].

مما تقدم يتبين إن القضاء المصري لا يلزم ولا يشترط أن يكون الخطأ المهني (الفني) جسيما حتى يسأل المهني عنه، فالمهني يسأل عن خطئه سواء أكان يسيرا أم جسيما على حد سواء وإن كان يلزم أن يكون معيار قياس الخطأ المهني فنيا لكي يمكن

(1) محكمة الاسكندرية الكلية في 3/ 12/ 1943، مجلة المحاماة، السنة الثالثة والخمسون، ص870.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ص931.

(3) محكمة استئناف المنصورة، 18/ 7/ 1953، المحاماة السنة 34،العدد الثاني رقم 52، ص111.

القول بأن الخطأ الذي ارتكبه المهني هو خطأ فنيا أم خطأ عاديا وان المهني وفق الاتجاه الحديث للقضاء المصري يسأل عن كل منهما على حد سواء.

المطلب الثاني
موقف التشريع والقضاء الأردني من مفهوم الخطأ المهني

لم يجعل القانون المدني الأردني من الخطأ أساسا لقيام المسؤولية المدنية عن الأفعال الشخصية خاصة التقصيرية منها وإنما جعل من الضرر أساساً ومناطاً لهذه المسؤولية، أي أن المسؤولية هنا لا تقوم على الخطأ فقط مخالفا بذلك ما ذهبت إليه القوانين المدنية في مصر والعراق، وقد قنن المشرع الأردني هذه القاعدة من خلال النص عليها في المادة (256) من القانون المدني الاردني والتي مفادها أن كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضررأي أن كل فعل يصيب الغير بضرر فانه يستوجب التعويض بدون حاجة إلى إثبات أي خطأ في جانبه، وعليه فان القانون المدني الاردني قد ترك أمر تحديد الأضرار التي تصيب الغير لتقييم القضاء وهو يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى القانون عن الاضرار بها،إذ نجد أن القانون ومن خلال نص المادة (256) قد فرض التزاما على الجميع مفاده عدم الاضرار بالغير وأن مخالفة هذا النهي هي التي ينطوي عليها الاضرار.

أما عن الأخطاء التي يرتكبها الأشخاص المهنيين كالمهندس والمقاول والمحامي والطبيب.. الخ فيبدو أن القضاء الأردني قد بين بأنه يتوجب لمساءلة المهنيون عن إخلالهم بالتزاماتهم تجاه الغير أيا كان مصدرها،ضرورة توافر الأركان الثلاثة اللازمة لقيام المسؤولية المدنية بشكل عام،وهذا مغايرا لما نص عليه القانون المدني في المادة (256) منه، فضلاً عن ذلك فإن القضاء الأردني لم يتعرض لمسألة التفرقة بين خطأ المهندس أو المقاول العادي وخطئه الجسيم بشكل مباشر.

ولكن مع عدم وجود قواعد قانونية خاصة تنظم مسؤولية المهندسين أو المقاولين، وعدم وجود قواعد قانونية تستثني المهندسين أو المقاولين من أحكام القواعد العامة في المسؤولية، فقد استقر القضاء على قيام مسؤولية مرتكب الخطأ المهني، متى تحقق هذا الخطأ، وكان ثابتاً وواضحاً، وذلك بالاستناد إلى أحكام المادة (256) من القانون المدني الأردني، فقد قضت محكمة التمييز الأردنية[1] بأن: "الأخطاء الفنية التي ترتب المسؤولية على المهندس شأنه في ذلك شأن باقي المهنيين لا تنحصر في الأخطاء التي تصدر عن سوء نية فقط بل تتعدى إلى كل سلوك يعتبر خروجاً عن المألوف من أهل الصنعة في بذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة وقواعد الفن".

من خلال استعراض هذا القرار، يلاحظ أنه لم يفرق بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير في الأخطاء المهنية، وإنما عدّ المهني مسؤولاً عن كل فعل يعد خروجاً عن المألوف من أهل الصنعة، الأمر الذي يمكننا القول معه بأن مسؤولية المهندس في القضاء الأردني تقوم أياً كان الوصف القانوني للخطأ الموجب لقيام المسؤولية سواء أكان جسيماً أم يسيراً فالمهم أن الخطأ الذي يأتيه المهندس يجب أن يعد خروجاً عن المألوف في مهنة الهندسة، وفي بذل العناية التي تقتضيها أصول وقواعد مهنة الهندسة.

وهناك مهن معينة قد يترتب على مباشرتها مخاطر جسيمة، إذا لم يتبع في تنفيذها الأصول الفنية السليمة، فينبغي على المقاول أن يتبع الأصول الفنية لمهنته فإن أخطارا جسيمة يمكن أن تتحقق للعميل أو الغير إذا شيد البناء بشكل معيب يخالف الأصول الفنية، بغض النظر عن التعليمات الخاطئة التي يصدرها إليه صاحب العمل، فتنفيذه لهذه التعليمات الخاطئة فنيا لن يعفيه من المسؤولية،إذ كان عليه واجب تنبيه صاحب العمل بالعيوب الفنية لما يطلب منه، والمخاطر التي قد ترتب على تنفيذ عمله بهذه الحالة[2]،

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية، رقم 487/ 1978، 26/ 4/ 1979، مجلة نقابة المحامين الأردنية، 1978، العدد الرابع، ص852.

(2) محكمة النقض المصرية،9/ يونيو / 1955، المحاماة، س 36، رقم 542،ص1260

وبعكس ذلك فإن المقاول لا يكون مخطئا إذا تجاوز هذه التعليمات عند تنفيذ العمل الذي بعهدته،أو إذا رفض إقامة البناء لإصرار صاحب العمل على هذه التعليمات الخاطئة[(1)].

ومن ناحية أخرى، فأن المقاول يكون مسؤولاً إذا نفذ التعليمات الفنية الخاطئة الصادرة من المهندس،طالما انه كان يستطيع بحكم تخصصه في مهنته أن يعرف العيوب الفنية في تعليمات المهندس، وما يترتب عليها من عيوب في البناء الذي يقوم بتشييده[(2)].

وعلى هذا قضت محكمة التمييز الاردني بما يأتي" أن الالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو التزام ببذل عناية وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والحذر حتى لا يضر بغيره،فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب مع إدراكه بذلك يكون هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية سواء أكان هذا الانحراف ناتجا عن تعهد الاضرار بالغير أم عن إهماله وتقصيره وبناء على ذلك فإذا ثبت للمحكمة أن تأخير تسليم البضاعة للمميز المتمثل في إهمالها تسليم البضاعة للمؤسسة في الميعاد بعد وصولها إلى الميناء يرتب عليها التعويض لأنها مسؤولة عن الضرر الذي لحق بالمميز ضدها على أساس إن التعويض جزاء المسؤولية"[(3)].

وفي نطاق المسؤولية التقصيرية عن أخطاء المهنيين فقد قضت محكمة التمييز الاردنية بما يأتي:-

---

(1) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية،2007، ص105.

(2) محكمة النقض المصرية، 21/ يناير/ 1965، مجموعة النقض المدنية، س16، رقم 13.

(3) محكمة التمييز الاردنية رقم 9/ 86، مجلة نقابة المحامين،1989، ص267، نقلا محمد ابراهيم مهنا التميمي،فكرة الخطأ المهني في نطاق المسؤولية المدنية رسالة ماجستير -مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية،2001، ص12.

1. يستفاد من المادة 256 من القانون المدني التي تنص على أن كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر، أن للمسؤولية التقصيرية ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر،وإذ أن الالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائما التزام ببذل عناية وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب،وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أن انحرافه يعد خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية.

2- من المقرر في شأن الخطأ المهني أن المعيار الذي يقاس على هذا الخطأ هو معيار فني ومن ثم فهو معيار شخصي من أوسط رجال الفن، ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول فنه، وبناء على ذلك ينتفي ركن الخطأ وتنتفي المسؤولية عن التعويض(1).

يتبين من خلال الأحكام القضائية التي أصدرتها محكمة التمييز الاردنية أن القضاء الاردني قد تبنى قاعدة جديدة تعترف بوجود فكرة الخطأ المهني على الرغم من تأكيده أن مسؤولية المهني عقدية، وخطأه كذلك فإننا نصل من خلال الاجتهاد القضائي السابق، إلى تعريف للخطأ المهني مستقل إلى حد كبير عن الخطأ العقدي ذي التقدير المجرد، فالخطأ المهني يعرف من خلال اعتبارات أكثر واقعية،تتعلق بالتخصص المهني، والجانب الفني في تنفيذ الالتزام،وتدرج التخصص المهني وتأثير الأعراف والقواعد المهنية، والحق أن هذا الخطأ المهني المستقل يؤكد تخطي المسؤولية المهنية للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية،فما دام سلوك المهني يقاس بسلوك مهني آخر من التخصص والدرجة نفسها،فان هذا المعيار سيكون واجب الاتباع سواء أكان في المجال العقدي أم خارجه،

(1) محكمة التمييز الاردنية رقم 9/ 86، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، 1995،ص140.

فالخطأ هو في الحالتين خروج عن السلوك الذي يتبناه المهني الحريص من نفس التخصص والدرجة[1].

مما يترتب على ذلك أن المسؤولية المهنية لا تخضع للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية،وإنما تتمتع بالاستقلال عنهما، والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذه المسؤولية لا تنشأ في الواقع من الإخلال بالتزام يولده العقد، أو من الإخلال بالواجب العام بالتزام الحيطة والحذر، وإنما تنشأ من الإخلال بالواجبات المهنية[2].

وعلى ضوء ذلك فأن المسؤولية المهنية جزاء لمخالفة واجب مهني بأعتبار أن الخطأ المهني لا يمكن أن يقوم مبدئياً إلا أثناء ممارسة مهنة معينة، وهو ينجم عن الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية والمتعارف عليها، كما لو تم ممارسة المهنة بشكل غير مشروع.

الفقه المصري يرى في الخطأ المهني أنه الخطأ الذي يتعلق بمهنة شخص أثناء مزاولته إياها، وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن في ذاته[3]، وهو يرى في الانحراف عن سلوك الفن المألوف خطأ مهنياً[4].

وعرف البعض[5] الخطأ المهني بأنه: الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف، طبقاً للأصول المستقرة.

---

(1) د. جابر محجوب علي محجوب،قواعد اخلاقيات المهنة، المرجع السابق، ص152.

(2) د. جابر محجوب علي محجوب،قواعد اخلاقيات المهنة، المرجع السابق، ص156.

(3) د. حسين عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ، القاهرة، 1956، بند 273، ص195.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، بند 548، المرجع السابق.

(5) د. عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، المرجع السابق، ص73.

من المتفق عليه أن طبيعة الخطأ هي التي تحدد نوع المسؤولية التي تقوم، إذ كثيراً ما يخطئ أصحاب المهن الفنية من مهندسين وأطباء ومقاولين ومحامين وغيرهم أثناء ممارستهم لمهنهم، في الواقع أن مسؤولية أصحاب المهن غالباً ما تكون مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية، وقد تتجاوز نطاق نوعي المسؤولية وقد تجمع قواعدهما بحيث تجد مكانها وتعمل آثارها عند مخالفة المهني للواجب المكلف به بشرط مراعاة القواعد والآداب المهنية وبأداء الالتزامات التي يفرضها القانون والعادات وتجد مصدرها فيها أكثر من وجوده في العقد المبرم بينه وبين العميل، هذا الطابع المهني الناتج عن مخالفة الواجب المهني يعطي للمسؤولية خصوصيتها، فمخالفة الالتزام المهني يرتب في الوقت نفسه جزائين أولهما تأديبي والآخر مدني[1].

والعمل الفني في إطار ما يلتزم به الرجل المهني يستوجب مبدئياً القيام بالتزام بذل عناية وليس القيام بتحقيق نتيجة، وبذل العناية هنا يتمثل في قدر معين من العناية الفنية تفترضه أصول المهنة التي يمارسها، وهذا الالتزام التعاقدي، والذي ليس بالواقع سوى التزام بعناية ويقظة، يوجب على المتضرر كي يثبت خطأ صاحب المهنة أن يثبت الإهمال أو قلة العناية من جانبه كما في حالة خطأ المهندس الإستشاري أو المقاول، وهذا في الواقع ما يُطلب من أصحاب المهن في إطار المسؤولية التقصيرية من التزام بذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة حيث توجب على المتضرر أن يثبت خطأ المهندس الاستشاري المهني كما في المسؤولية العقدية والمتمثل في الإهمال وقلة العناية[2].

ويمكن أن نطبق بمناسبة العقد الموجود بين المهني والعميل أحياناً المسؤولية العقدية التي تنتج عن عدم التنفيذ الكلي للالتزام والمسؤولية التقصيرية التي تنتج عن التنفيذ الخاطئ له، بدون الانشغال في التفرقة بين نوعي المسؤولية أو التقيد بضرورة تطبيق قواعد إحداها، ويظل الطابع الخاص لمسؤولية المهني هو الطابع المعني الناتج عن

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص302.

(2) د. عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، المرجع السابق، ص74.

الخطأ المهني بمناسبة مخالفة التزام مهني[1]، والذي يفرض معياراً خاصاً لتقدير الخطأ ينبع من ذات طبيعة النشاط الذي يقوم به المهندس الإستشاري، فأشخاص القانون المدني يجب أن تسبغ عليهم صفة المهنة التي يمارسونها فتتحدد حقوقهم ومدى مسؤوليتهم عن نشاطهم على ضوئها وهذا ما يفسر من وجهة نظر الآراء التي تنادي بضرورة وضع قانون مهني يتحدد فيه المركز القانوني للشخص لا ينظر إليه مجرداً وإنما بالنظر إلى المهنة التي يمارسها[2]، وهذا لا يؤدي بالضرورة إلى وضع أحكام موحدة يخضع لها جميع المهنيون، وإنما يجب مراعاة ما قد تنفرد به كل مهنة من خصوصية وأحكام.

المطلب الثالث
موقف التشريع والقضاء العراقي من مفهوم الخطأ المهني

بالنسبة للتشريع العراقي فإن القاعدة العامة فيه إن المسؤولية لا تقوم إلا إذا توافرت عناصرها ومنها عنصر الخطأ، ويختلف المشرع العراقي عن المشرعين في الدول قيد الدراسة من هذه الناحية، فالمسؤولية عن فعل الحيوان في هذه التشريعات مبينة على خطأ مفترض في جانب حارس هذا الحيوان، ولكنها في التشريع العراقي قائمة على خطأ ثابت، فضلاً عن مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعيه فهي مسؤولية تقوم في التشريعات العربية على خطأ مفترض افتراضاً قانونياً قاطعاً غير قابل لإثبات العكس فلا يستطيع المتبوع التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي، على خلاف خلاف التشريع العراقي الذي جعل المسؤولية في هذه الحالة قائمة على خطأ واجب الاثبات أحياناً وعلى خطأ مفترض أفتراضاً بسيطاً أحياناً.

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص304 وما بعدها.

(2) د. حسن زكي الإبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه إلى كلية الحقوق من جامعة القاهرة، 1944، ص8.

وإذا كان هذا هو موقف التشريع المدني العراقي من فكرة الخطأ أو من فكرة تحمل التبعية فإن بعض التشريعات الخاصة لم تسلم من التأثر بهذه النظرية[1].

والخطأ في التشريع العراقي عنصر من عناصر المسؤولية المدنية،عقدية كانت أم تقصيرية،وعنصراً ضرورياً لقيام المسؤولية بنوعيها،كقاعدة عامة ففي نطاق المسؤولية العقدية تقضي المادة (168) من القانون المدني بأنه "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم بتنفيذ التزامه". وفي نطاق المسؤولية التقصيرية تقضي كثير من المواد التي خصها المشرع العراقي،صراحة أو ضمناً بوجوب توافر الخطأ لقيامها، فقد نصت المادة (186-1) على ما يأتي "إذا اتلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى".

---

(1) القانون رقم 39 لسنة 1971 الخاص بالتقاعد والضمان الاجتماعي للعمال في العراق فقد نصت المادة (58) منه على أنه "لا يستحق العامل المصاب تعويضاً ولا مكافأة في احدى الحالتين الأتيتين:

1. إذا ثبت أنه تعمد إصابة نفسه.
2. إذا حدثت الاصابة بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود ويعتبر في حكم ذلك الاصابة التي تحل بالعامل تحت التأثير الشديد للمخدرات،أو الاصابة التي تحدث بسبب مخالفته بشكل صريح ومتعمد لأنظمة وتعليمات الوقاية المعلقة في موقع العمل،أو بسبب خطأ فادح منه أو بسبب اعتدائه على الغير". ومعنى هذا النص أن رب العمل يكون مسؤولاً عن تعويض العامل عن كل اصابة لحقت به في غير الحالتين اللتين اشار اليهما، وهو يسأل عن تعويض العامل دون التفات إلى عنصر الخطأ، فالمسؤولية هنا لا تقوم على فكرة الخطأ، ثابتاً كان أم مفترضاً، وإنما تقوم على فكرة تحمل التبعة.

ومعنى هذا النص أن المشرع العراقي يصدر في المسؤولية عن قاعدة عامة هي أن لا مسؤولية دون خطأ بصرف النظر عما إذا كان الضرر الحادث نتيجة مباشرة لفعل الفاعل أو كان نتيجة غير مباشرة له.

أستعمل المشرع العراقي في القانون المدني عدداً من التعبيرات والاصطلاحات بالنسبة لتحديد الخطأ أو تقدير جسامته أو ضآلته، دون أن يحدد مدلول كل مصطلح أو كل نوع(1). فقد ذهب المشرع العراقي إلى المساواة بين الخطأ الجسيم وبين الغش أو العمد في بعض الحالات والنصوص وفرق بينهما في حالات ونصوص أخرى.

فمن النصوص التي تخضع كلاً من الخطأ الجسيم والغش لحكم واحد النصوص الآتية:

1. نص المادة (259-1) فقد قضت بصحة الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التي تنشأ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا إذا كان عدم التنفيذ ناشئاً "عن غشه أو خطئه الجسيم" وقد أجازت الفقرة نفسها أن يشترط المدين عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه التعاقدي هذا.

ويظهر من نص المادة أنها تعامل كلاً من الغش والخطأ الجسيم معاملة واحدة سواءً في حالة ما إذا كان المدين قد تولى تنفيذ التزامه التعاقدي بنفسه أو عهد بتنفيذه إلى الغير.

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني-الخطأ، دار وائل للنشر،عمان،2006،ص157 وما بعدها.فقد ذهب في مؤلفه إلى أن القانون المدني العراقي يستعمل أحياناً لفظ الخطأ مطلقاً دون أن يقرنه بأي وصف كما جاء في المواد (173-210-211-791) وهو يستعمل أحياناً أخرى تعبير الاهمال كما جاء في المواد (186-193-201-217-219-764) وهو يستعمل تارة أخرى لفظ التقصير كما جاء في المواد (305-426-696-755)، وقد يستعمل الخطأ مقروناً بوصف معين فيصفه أحياناً بالجسامة كما جاء في المادتين (59-أ،259) ويستعمل تارة أخرى لفظ التعمد كما جاء في المواد (186-568-687) ويستعمل مرة أخرى لفظ الغش كما جاء في المواد (259-268-436-559-570-759) فضلاً عن استعمال في بعض الاحيان الاصطلاحات أو العبارات للدلالة على فكرة الخطأ كأستخدامه تعبير عدم اتخاذ الحيطة الكافية كما جاء في المواد (221-224-225-226-230-231-251).

2. ونصت المادة 170 في فقرتها الثالثة والأخيرة على أنه "أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد أرتكب غشاً أو خطأ جسيماً".
3. وذهبت المادة 173 في فقرتها الثانية على أنه "ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الاتفاقية إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم".

على أنه يفهم من استقراء نصوص التشريع المدني العراقي أن القاعدة العامة فيه هي التفرقة بين الغش أو العمد من ناحية وبين الخطأ الجسيم من ناحية أخرى.

وهناك بعض المواد في القانون المدني العراقي لا يجوز فيها تشبيه الخطأ الجسيم بالغش ومعاملتهما معاملة واحدة ومن هذه النصوص ما يأتي:

1. تقضي المادة (264) على "1. إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطوياً على غش من المدين وأن يكون من صدر له هذا التصرف على علم بهذا الغش............".

ويظهر من النص السابق أنه يقرر شرطاً من شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات عندما يكون التصرف الصادر من المدين قد صدر على سبيل المعاوضة وليس على سبيل الهبة أو التبرع، وهذا الشرط هو أن يكون تصرف المدين هذا منطوياً على غش أن يكون المدين على علم بأن التصرف الذي قام به من شأنه أن يسبب الخسارة أو أن يرمي من وراء القيام به الحاق الضرر بدائنيه، فإذا لم تنصرف نية المدين إلى قصد الاضرار فلا سبيل إلى نجاح هذه الدعوى لتخلف شرط من شروطها، ولا يغنى خطأ المدين مهما بلغت جسامة هذا الخطأ أو درجته عن اشتراط غشه أي عن انصراف نيته إلى الاضرار بدائنيه، وأن كان المشرع قد جعل مجرد علم المدين بأنه معسر قرينة على أفتراض سوء نيته ووقوع غش منه، وهي

قرينة بسيطة يجوز له أن يدفعها تجميع طرق الإثبات على ما هو معروف من قواعده وأصوله[1].

2. المادة (559) نصت على لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشاً منه.

وواضح من نص المادة أنها تعالج حالة من حالات ضمان البائع لما في العين المباع من عيوب كان المشتري على علم بها من قبل أو يستطيع اكتشافها بجهد يسير، وهي تقرر أن البائع لا يضمن مثل هذه العيوب إلا إذا كان قد أخفاها عن المشتري غشاً منه أو كان قد أكد له خلو العين المباعة منها، فلا يسري النص السابق على حالة ما إذا كان قد صدر عن البائع خطأ جسيم لأن المشتري نفسه يكون قد أرتكب خطأ جسيماً كذلك[2]، فإذا تعمد البائع اخفاء ما قد يكون في العين المباعة من عيوب غشاً منه، فإنه يكون قد أرتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص هذه العين حتى لو كان خطأ المشتري هذا جسيماً، فالغش أو التعمد يستغرق عادة مثل هذا الخطأ الجسيم[3].

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني-الخطأ، المرجع السابق، ص 166.
د. عدنان إبراهيم السرحان، د. خاطر نوري حمودي، شرح القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص113. د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، 2002، ص 39.
د. حسن علي الذنون، د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار وائل للنشر، عمان، 2002، ص 87.

(2) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الخطأ، المرجع السابق، ص 166.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- البيع، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2000، بند 367، ص 723.

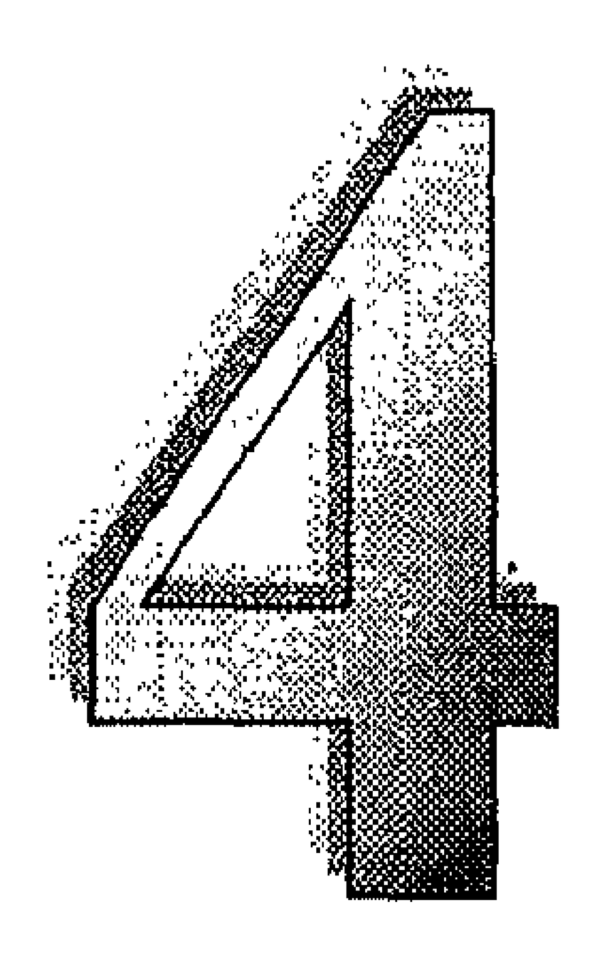
الفصل الرابع

المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول

المبحث الأول: الخطأ في عدم مراعاة الأصول الفنية في عقود التشييد

المبحث الثاني: العقوبات التي يتعرض لها المهندس والمقاول في عقود التشييد

المبحث الثالث: حالات اعفاء المهندس الاستشاري والمقاول من المسؤولية في عقود التشييد



الفصل الرابع

المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول

المسؤولية الجنائية تعني الالتزام بتحمل الجاني للنتائج المترتبة على فعله إذا توافرت أركان الجريمة من ركن مادي ومعنوي، وموضوع هذا الالتزام هو العقوبة أو التدبير الاحترازي الذي يقرره القانون للجريمة[1] وأساس المسؤولية الجنائية حرية الاختيار فالجاني كان بوسعه أن يختار طريق البعد عن الجريمة ولكنه اختار الطريق المخالف فأصبح بذلك مسؤولاً، ومادام قادرا على السلوك المطابق للقانون ولم تشل إرادته ولكنه رغم ذلك خالف القانون فيسأل عن فعله، وتمتنع المسؤولية الجنائية إذا انتفت الإرادة كما في حالة القوة القاهرة[2].

وتمتنع المسؤولية الجنائية إذا انتفت هذه الإرادة فإن توافر الوعي والتمييز والإرادة الحرة هو جوهر المسؤولية، إذا انتفى جوهرها بطبيعة الحال. كما هو في حالة القوة القاهرة والعلاقة وثيقة بين مكونات الركن المادي ومكونات الركن المعنوي، فالإرادة تعني حرية الاختيار للشخص للمفاضلة بين عدد من الخيارات المتاحة أمامه واختيار احدها،فالإرادة الحرة التي تتجه إلى أحداث مخالفة القانون إنما ينصب هذا الاتجاه على ماديات غير مشروعة، وأيا كانت مكونات الركن المادي ومكوناته، فإن الركن المعنوي يتخذ إحدى صورتين العمد أو الخطأ[3] وتنص المادة (61) من قانون العقوبات المصري على أنه لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس أو على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته

(1) د. محمود نجيب حسين، القسم العام لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة 1989، ص، 506.

(2) د. عبد الحميد الشواربي، شرح قانون المباني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص97 .

(3) د.ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دار الثقافة للنشر عمان، 2009،د هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص27.

دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى' وتقابلها المادة (63) من قانون العقوبات العراقي، وهذا النص يشمل فضلاً عن حالة الضرورة أو الإكراه المعنوي، أو الإكراه المادي فهو من الوضوح بحيث لم ينص عليه المشرع، ويدخل مفهوم القوة القاهرة في نطاق هذا الإكراه المادي[1] والقوة القاهرة يجب أن يتوافر فيها الشرطان، عدم إمكانية التوقع، واستحالة الدفع أو التفادي، وبوجه عام فان القضاء يرفض الدفع بالقوة القاهرة في مسؤولية المشيدين عن تهدم البناء ولا يقبله إلا في حالات استثنائية نادرة ترتكز اغلبها على الظواهر الطبيعية منها الأعاصير والفيضانات والانهيارات الأرضية والزلازل العنيفة في شدتها[2]، وفي جرائم عدم مراعاة الأصول الفنية في عقود التشييد فان القصد الجنائي يختلف عن الخطأ اختلافا أساسيا على الرغم من أنهما وجهان للركن المعنوي ففي حالة القصد الجنائي يسيطر الجاني سيطرة كبيرة على ماديات الجريمة، فهو يدرك ويعي تماما وتتجه إرادته لإحداث الفعل بعكس الحال في الخطأ فهو لا يملك إلا قدرا قليلا من السيطرة على ماديات الجريمة إذا ماتم مقارنته بمقدار ماله من سيطرة في حالة القصد الجنائي، وإن كان في حالة الخطأ بأنواعه كان يجب عليه مراعاة الحذر والحيطة فقد كان وارداً في ذهنه إمكانية السيطرة على الفعل وإن كان يجمع بين القصد والخطأ،إذ أن الإرادة موجودة فيما يتعلق بالسلوك ولكن الفارق في حالة القصد تتجه الإرادة إلى النتيجة لتحقيقها، أما في الخطأ فلم تتجه إرادة الجاني لتحقيق النتيجة[3] والعلاقة بين الخطأ والعمد موجودة فإذا ثبت انتفاء القصد الجنائي فيمكن البحث في مدى توافر الخطأ أي البحث في مدى توافر عناصره فان توافرت سأل الجاني عن الجريمة في صورتها الغير عمدية أما إذا لم يتوافر لا القصد الجنائي ولا الخطأ أيا كان نوعه، فلا

(1) د. هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق، ص66.

(2) د. نبيل عبد البديع يحيى، القانون والمهندس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص222.

(3) د. عبد الحميد الشواربي، شرح قانون المباني، المرجع السابق، ص98.

وجود للجريمة ولا مسؤولية على المتهم فيها، وفي جرائم عدم مراعاة الأصول الفنية قد يثبت العمد، وقد ينتفي وجوده ويثبت وجود الخطأ. وهنا لا فارق في نوعية العقوبة. على خلاف الأمر لو طبقنا هذه القاعدة في الجرائم الأخرى في نطاق قانون العقوبات، إذ توجد نوعية من الجرائم يمكن ارتكابها أما بطريق العمد في حالة كما في القتل العمد، أو بطريقة الخطأ في حالة أخرى كما في القتل الخطأ[1].

المبحث الأول: الخطأ في عدم مراعاة الأصول الفنية في عقود التشييد.

المبحث الثاني: العقوبات التي يتعرض لها المهندس والمقاول في عقود التشييد.

المبحث الثالث: المسؤولية التقصيرية للمهندس والمقاول.

المبحث الأول
الخطأ في عدم مراعاة الأصول الفنية في عقود التشييد

تعريف الخطأ:

على انه إخلال الجاني بما كان يجب عليه إتباعه في واجبات يفرضها القانون في الحذر والحيطة في سلوكه تجنبا لنتائج ضارة، وهو لم يكن يقصدها ولكن كان يجب عليه تصور حدوثها، وقد عرف الخطأ الفقيه (جارو) Garro بأنه "كل فعل أو امتناع إرادي تترتب عليه نتائج لم يكن يقصدها الفاعل ولكن كان في وسعه ومن الواجب عليه تجنبها، وهذه القواعد التي كان على الجاني مراعاتها تتمثل في مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة "[2].وعرف الخطأ أيضا على انه "عدم مراعاة جانب الحيطة والحذر عند مباشرة أنواع خطرة من السلوك وعدم الحيلولة من دون أن يفضي ذلك إلى نتيجة إجرامية "[3] وجرى تعريف الخطأ على أنه "عدم توافق السلوك الذي أتاه الشخص مع

---

(1) عبد الحميد الشواربي، شرح قانون المباني، المرجع السابق، ص99 .

(2) د. هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول في عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق، ص32.

(3) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، د. خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص – الجرائم الواقعة على الاشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 106.

المعايير القانونية والإنسانية المتعارف عليها المنظمة لهذا السلوك، سواء أكان هذا السلوك ايجابيا أم سلبيا وعلى حسب الفقه السائد(1) أن واجبات الحيطة والحذر مصدرها الخبرة الإنسانية، فالإنسان يستفيد بالتجربة إذ أن ثمة قدر من الحيطة والحذر، يلزم مراعاته عند التصرف، باعتبار أن النزول عند هذا القدر قد تترتب عليه نتيجة محظورة والخطأ المتولد في هذه الحالة هو ما يعرف بالخطأ العام، المصدر الثاني لواجب الحيطة والحذر، الالتزامات التي تفرضها القاعدة القانونية، إذ أن مخالفتها يترتب عليها الخطأ الخاص(2) نظرا لأنه خطأ ثابت حكما أو مفترض، إذ أن الخطأ من الناحية المادية يتمثل في مباشرة فعل خطر أو بكيفية تولد خطرا ويلاحظ في تلك التعاريف السابقة هنالك أمران: الأمر الأول هو أن السلوك الإنساني تمثل في إتيان فعل ما، أو الإمتناع عنه وهذا هو الجانب المادي في الخطأ، أما المعيار الثاني، فهو الرابطة الذهنية بين من قام بهذا السلوك وبين الضوابط أو المعايير القانونية أو الإنسانية الواجب الالتزام بها عن إتيان هذا السلوك ومن هنا يصح القول بأن للخطأ عنصرين: عنصر مادي، هو النشاط المادي إتيانا أو امتناعا، وعنصر نفسي هو عدم المبالاة أو عدم الحيطة أو الرعونة أو الإهمال أو عدم مراعاة للقوانين والقرارات والأنظمة التي يجب إتباعها، وهي كلها أوصاف للرابطة الذهنية بين فاعل السلوك وبين الضوابط الواجبة الإتباع كما سبق القول.

ومن هنا تم تقسيم هذا المبحث على مطلبين هما كالآتي:

المطلب الأول: أنواع الخطأ غير العمدي.

المطلب الثاني: صور الخطأ غير العمدي.

---

(1) د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال، دار النهضة العربية، 2009، ص60.

(2) د. عبد المهيمن بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص409.

المطلب الأول
أنواع الخطأ غير العمدي

ليس هناك في التشريع الجنائي العراقي أو المصري أو السوداني مايشير صراحة إلى درجة الخطأ، ولم يشترط المشرع درجة معينة منه، وقد أثيرت عدة تقسيمات تتعلق بتنفيذ أنواع الخطأ وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الخطأ العادي والخطأ المهني.

الفرع الثاني: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير.

الفرع الثالث: الخطأ المدني والخطأ الجنائي.

الفرع الرابع، الخطأ الواعي والخطأ غير الواعي.

الفرع الأول
الخطأ العادي والخطأ المهني

إن الخطأ العادي يتعلق بمخالفة القواعد التي يجب إتباعها من حيطة وحذر التي يجب على جميع الأفراد إتباعها وفقا للمعيار الموضوعي، بحيث لا تنطوي المخالفة على إخلال بأصول فنية أو قواعد مهنية، أي هو الخطأ الذي يقع بمجانية الواجب العام من العناية التي يلزم بها كل مهني خارج مهنته أو داخلها مع انعدام علاقته بأصول المهنة[1] أما الخطأ المهني، فهو الخطأ المرتكب من شخص أثناء ممارسة مهنته، وينطوي على إخلال بالقواعد العلمية والفنية لتلك المهنة، وعلى ذلك فخطأ المهندس والمقاول يعد داخلا في نطاق الخطأ المهني الذي يشترط لوجوده توافر شرطين:

الشرط الأول: يتعلق بالشخص مرتكب الخطأ بان يكون من أصحاب مهنة معينة المهندس أو المقاول، والشرط الثاني أن يكون هذا الشخص صاحب المهنة قد أخل

(1) د. محمد عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور وأثره في المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص9 .

بقواعد وأصول مهنته في إداء عمله[1] والفقه الحديث يرى إن هناك ازدواجية للخطأ، فالخطأ إذا كان جسيما يرتب المسؤولية المدنية والجنائية معا، أما إذا كان الخطأ يسيرا فلا يرتب إلا المسؤولية المدنية فقط، وإذا كان الراجح فقها وما استقر عليه القضاء حاليا هو مبدأ وحدة الخطأ بمعنى إن الخطأ المدني لا يختلف عن الخطأ فأي خطأ يرتب المسؤولية المدنية يمكن أن يرتب في الوقت نفسه المسؤولية الجنائية ولا يشترط القانون الجنائي درجة جسامة معينة في الخطأ لتحقيق المسؤولية الجنائية وإن كان يشترط جسامة النتيجة المترتبة على الخطأ في بعض الصور[2]. وللتفرقة بين الأخطاء التي يرتكبها المهني ولا تتصل مباشرة بمهنته الفنية والتي يمارسها ويمكن أن يرتكبها كل الناس، وتلك التي ترتبط بمهارات المهني والتي يرتكبها أثناء ممارسة العمل الذي هو موضوع نشاط المهني، هذه التفرقة لها أهمية من جانب آخر ليس فيما يتعلق بقيام أو عدم قيام مسؤولية المهني وإنما فيما يتعلق بالمعيار المتبع من جانب القاضي لقياس سلوك المهني يجب عليه أن يحدد أولا نوع الالتزام الواقع عليه والذي وقع الإخلال به، ثم بعد ذلك يحدد المعيار الذي يتبعه لتقدير ما إذا كان هناك خطأ من جانب المهني أم لا، فإذا استخلص من المرحلة الأولى أن الالتزام الذي وقعت المخالفة بصدده التزام عام ولا يثير أي أصل فني ولا يحتاج إلى معرفته لأي تقدير فني،لجأ إلى قياس سلوك المهني في هذا الصدد بمعيار سلوك الرجل المعتاد في شؤونه العادية،أما إذا اتضح له إن الالتزام المخالف يرتبط بأصول المهنة وقواعدها ويحتاج في تقديره إلى عناصر فنية، فإنه يلجأ إلى معيار الرجل المهني ليتعرف على وجود الخطأ في جانب المهني من عدمه[3].

(1) د. هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق، ص37.

(2) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات – القسم الخاص، ص42، د. عبد المهيمن بكر القسم الخاص، المرجع السابق، ص 45، وما يليها.

(3) د. محمد عبد الظاهر حسين، خطأ الضرر وأثره في المسؤولية، المرجع السابق، ص16.

الفرع الثاني
الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

1- الخطأ الجسيم

يعرف الخطأ الجسيم بأنه الخطأ الذي يكون في إمكان كل شخص توقع نتيجته غير المشروعة[1] وقد عرفه فقهاء الرومان من قبل بأنه عدم إدراك وعدم توقع ماكان على أحد أن يدركه أو يتوقعه، أو هو الفعل الذي لايحمل المدين لشؤون الغير العناية التي يحملها الشخص الأقل عناية والأكثر غباء في شؤونه الخاصة[2].

2- الخط اليسير:

هو الخطأ الذي يكون في إمكان الشخص العادي توقع نتيجته غير المشروعة[3] ويترتب على التفرقة بين درجة جسامة الخطأ قد يكون لها تأثير في تحديد العقوبة، وتقدير الجسامة يترك لتقدير قاضي الموضوع. فمن الطبيعي أن يكون عقاب من صدر عنه خطأ جسيما أشد ممن صدر عنه خطأ يسيرا.

(1) عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية، المكتب الفني للموسوعات القانونية الاسكندرية، ص 65.
(2) د. محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 20.
(3) عبد الوهاب عرفة،المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية، المرجع السابق ص 65.

الفرع الثالث
الخطأ المدني والخطأ الجنائي

الخطأ المدني:

هو كل فعل خاطئ سواء أكان جسيماً أم يسيراً يصلح أساسا للمسؤولية التقصيرية إذا سبب ضررا للغير وسواء أكان محرما أم لا، وتقوم المسؤولية المدنية على خطأ مفترض كما في المسؤولية في أعمال البناء والآلات الميكانيكية[1] أما الخطأ الجنائي فقد حرصت بعض التشريعات على وضع تعريف عام للخطأ بنصوص قانونية في القسم العام لقانون العقوبات[2]،وفي الفقه عرف البعض الخطأ الجنائي بأنه "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر والتي يفترضها القانون وعدم حيلولته تبعا لذلك دون أن يقضي تصرفه إلى احداث النتيجة الإجرامية في حين كان ذلك في استطاعته وكان ذلك واجبا عليه "[3]مما تقدم أن الخطأ غير العمدي لايقوم قانونا إذا لم تتوافر فيه العناصر الآتية: الإخلال بواجبات الحيطة والحذر، وتوافر الرابطة النفسية بين إرادة الشخص والنتيجة الجنائية.

الفرع الرابع
الخطأ الواعي والخطأ غير الواعي

الخطأ الواعي يقصد به توقع الجاني لحدوث النتيجة ولكن إرادته لم تتجه إليها وإلا سأل عن تعمده النتيجة، وإن كان يعتقد الجاني في خطأه الواعي أن بإمكانه تلافي حدوث النتيجة، والخطأ الغير واعي يقوم على أساس عدم توقع الجاني للنتيجة وعدم

(1) انظر المادة (231) من القانون المدني العراقي.

(2) نصت الفقرة الاولى من المادة (416) من قانون العقوبات العراقي على "كل من احدث بخطئه أذى او مرضا باخر كان ذلك ناشئا عن اهمال او رعونة او عدم انتباه او عدم احتياط او عدم مراعاة القوانين والانظمة والاوامر....".

(3) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات – القسم العام، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة 1982، ص617.

بذله جهدا يذكر لتفادي حدوثها على الرغم من أن امكانية بذل جهد من جانبه لم تكن مستحيلة لمحاولة تجنب النتيجة ولذلك أطلق على هذا الخطأ بأنه الخطأ بدون توقع[1].

المطلب الثاني
صور الخطأ غير العمدي

هذه الصور وردت في نص المادة (416)[2] من قانون العقوبات العراقي والتي قضت بما يلي كُل من أحدث بخطئه أذى أو مرضا بأن كان ذلك ناشئا عن إهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر....' وهذا نص مشابه لما قضت به المادة (238) من قانون العقوبات المصري وقد أثار التساؤل عما إذا كانت هذه الصور وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال، قال البعض إن صور الخطأ وردت على سبيل الحصر[3] بينما الراجح في الفقه[4] إن نصوص القانون لم تذكر صور الخطأ على سبيل الحصر، وما عدده المشرع بنصوصه هي أكثر صور الخطأ شيوعا لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب على أربعة فروع هي:

الفرع الأول: الإهمال.

الفرع الثاني: الرعونة.

الفرع الثالث: عدم الإحتراز.

الفرع الرابع: عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر.

---

(1) د. هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول في عدم مراعاة الاصول في البناء، المرجع السابق، ص36.

(2) نصت المادة (74) من القانون الجنائي السوداني على ' من يرتكب باهمال فعلا يعرض حياة الناس للخطر او يحتمل معه تسبيب اذى او ضرر لاي شخص او مال، او يمتنع عن اتخاذ التدابير اللازمة لوقاية الاخرين من خطر أي انسان او حيوان او الة او مواد تحت رقابته او في حيازته، يعاقب بالسجن مدة تجاوز ستة اشهر او بالغرامة او بالعقوبتين معا ' .

(3) د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون – القسم الخاص، المرجع السابق، ص63.

(4) د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات – القسم العام، المرجع السابق، ص225.

الفرع الأول
الإهمال

يعبر عن الإهمال بعدم الانتباه، وهو بذلك يشمل جميع الحالات التي يقف فيها الجاني موقفا سلبيا لامتناع أو ترك تحقيق نتيجة إجرامية، والخطأ في الإهمال قوامه تصرف إرادي خطأ يؤدي إلى نتيجة ضارة توقعها الفاعل أو كان عليه توقعها لكنه لم يقصد احداثها ولم يقبل وقوعها[1] ويعني الإهمال أيضا إن الجاني قد أتى موقفا سلبيا ولم يتبع ما يجب عليه إتباعه من قواعد الحيطة والحذر التي لو إنه اتبعها لترتب على ذلك إمكانية تلافي حدوث النتيجة، كما لو سقطت مادة أو إحدى معدات البناء إلى الطريق أثناء مرور شخص ما فتصيبه، ولم يكن يتوقع هذه الإصابة ولم يتحقق من خلو الطريق من المادة يسأل عن تصرفه[2].

الفرع الثاني
الرعونة

الرعونة تعني نقص في الانتباه والمهارة، واندفاع الجاني بنشاط وتسرع ينتج عنه خطأ يترتب عليه نتائج ضارة، فالجاني الارعن يقوم بسلوك ايجابي أو سلبي بدون أن يتبصر بالنتيجة غير المشروعة التي قد يؤدي إليها سلوكه، فالفاعل يجهل أو يغلط في ظروف واقعة كان يجب عليه الإلمام بالعلم الضروري للحيلولة من دون وقوع الضرر، ويتحقق ذلك في نطاق الأنشطة المهنية كأعمال البناء والتشييد[3] كما لو قام مقاول بفك القوالب الخشبية للأعمدة الحاملة لسقف خرساني قبل إكمال عملية تصلب الخرسانة فينهار السقف على أشخاص فيقتلهم.

(1) د. محمد ماجد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص85.
(2) د. هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول، عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق، ص33، عبد الوهاب المسؤولية الجنائية والمدنية، المرجع السابق، ص69.
(3) د. محمد ماجد لافي، المرجع السابق، ص87.

الفرع الثالث
عدم الاحتراز

هو تعبير عن قيام الجاني بنشاط ايجابي وهو مدرك وما قد يترتب على ذلك النشاط من آثار ولم يتخذ ما يجب من الوسائل التي تحول بدون تحقق هذه الآثار[1] وعدم الاحتراز يعبر عن الحالة الذهنية للشخص وقت إتيانه سلوكا يستوجب الحيطة والحذر[2]، وتطبيقا لذلك إن مهندس البناء في دعوى انهيار عمارة مصر الجديدة إذ جاء في تقرير اللجنة المشكلة بقرار محافظ القاهرة لفحص أسباب انهيار البناية وهي مشكلة من نخبة من أساتذة الهندسة الذي نص على " أن المتهمين جميعا قد تسببوا بأخطائهم وعدم الاحتراز قد أساؤا في اختيار النظام الإنشائي للبناء فلم يراعوا فيه مقاومته للقوى الأفقية الناتجة عن تأثير الرياح فضلاً عن النقص في عدد الأعمدة الحاملة وتوزيعها على مسافات متباعدة كما هو مسموح به مما أدى إلى إضعاف مقاومة الأعمدة أو الجسور وأثر على مقاومة المنشأ المسلط عليه، كذلك فإن عدم الخلط الجيد والتلاعب بنسب خلط الخرسانة مما تسبب في إنتاج خرسانة ضعيفة[3] وكان ذلك من أسباب إنهيار البناء وبلا شك كان يجب أن يدخل في حسبان وتوقع المهندس والمقاول أن يدركا النتائج الخطيرة المترتبة على هذا الخطأ ولكنهما لم يتخذا ما يلزم من الاحتياطات الواجبة.

وقد أجرت محكمة تمييز العراق مقارنة بين عدم الانتباه وعدم الاحتياط، فقالت إن عدم الاحتياط أو الإهمال يتمثل في توقع الفاعل النتيجة وعدم اتخاذه ما ينبغي من وسائل الاحتياط للحيلولة من دون وقوعها وهو ما يسمى بالخطأ الواعي أما عدم الانتباه فهو عدم توقع الفاعل حدوث النتيجة ويسمى بالخطأ غير الواعي، وهما من

---

(1) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، د.خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص المرجع السابق، ص 109.

(2) د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، المرجع السابق، ص64.

(3) محكمة امن الدولة العليا في مصر، القضية رقم 573 لعام 1993 النزهة والمقيدة برقم 6، لعام 93 طي شرف .

صور الخطأ لايمكن الجمع بينهما في حالة واحدة، ووصف الحادث بأنه نتيجة عدم احتياط وعدم انتباه [1].

الفرع الرابع
عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر

هذه الصورة قائمة بذاتها بحيث يترتب على عدم مراعاة القوانين والأنظمة قيام مسؤولية الفاعل عما يحدث بسبب هذه المخالفة ولو لم يثبت عليه صورة أخرى من صور الخطأ، ومفاد هذه الصور أن يسلك الجاني على نحو يخالف مقتضى القواعد التي يقررها القانون أو النظام بما يؤدي إلى حدوث نتائج يعاقب عليها القانون [2] يتمثل الخطأ في هذه الصورة بمخالفة السلوك،إيجابا أو سلبا للأنماط السلوكية الواجبة الإتباع بنص القوانين والقرارات والأنظمة واللوائح ومخالفتها تعد صورة مستقلة من صور الخطأ، فالشخص المخالف لها يعد مسؤولاً عن النتائج الضارة ولو لم يثبت في حقه أية صورة أخرى من صور الخطأ ويعبر عن هذه الصور من الخطأ، بالخطأ الخاص.

المبحث الثاني
العقوبات التي يتعرض لها المهندس والمقاول في عقود التشييد

العقوبات التي يتعرض لها المهندس والمقاول نتيجة إخلالهم في عدم مراعاة الأصول الفنية لأعمال البناء والتشييد، إذ أن المشرع في الدول قيد الدراسة قد شدد في عقوبة الجرائم التي ترتكب سواء أكانت بطريقة العمد أم الإهمال الجسيم ومن ثم تختلف العقوبة فيما إذا كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية أو ارتكبت بطريق الإهمال الجسيم، فإذا ارتكبت إحدى الجرائم بطريق العمد أو الإهمال الجسيم فتكون العقوبة

(1) مجموعة الاحكام العدلية، قرار رقم 1704 في 16/ 8/ 1981، العدد الثالث، السنة الثانية عشر، 1981.

(2) د. فخري عبد الرزاق الحديثي، د.خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، المرجع السابق،، ص 110.

هي الواردة في المادة (22) مكرر من قانون توجيه وتنظيم البناء في مصر[1] أما إذا كانت الجريمة لم يتوافر فيها العمد أو الإهمال الجسيم فإنه يطبق على المقصر نص المادة (22) من قانون البناء[2] ولاشك أن المشرع يقصد بذلك إيقاع العقوبة للأشخاص الذين يقومون بأعمال التشييد بدون مراعاة الأصول الفنية في التصميم أو التنفيذ أو الإشراف، أو من خلال استخدام مواصفات لاتطابق المواصفات المطلوبة ومن خلال نص المادة (22) مكرر من قانون البناء المصري أن الجرائم التي تترتب عليها عقوبة الجناية تشمل الأتي:

1- الإهمال الجسيم في عدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم.

2- الإهمال الجسيم في عدم مراعاة الأصول الفنية في التنفيذ والإشراف على الأعمال.

3- استعمال الغش في مواد البناء أو مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية.

هذا ماستتناوله في ثلاثة مطالب وعلى النحو الأتي:

---

(1) نصت المادة (22) مكرر من القانون رقم 106 لسنة 1976 والمعدل بالقانون رقم 30 لسنة 1983، والقانون رقم 25 لسنة 1992 والخاص بتنظيم اعمال البناء على ماياتي " تكون العقوبة السجن مدة لاتقل عن خمس سنوات ولاتزيد على عشر سنوات وغرامة لاتقل عن 50 الف جنيه مصري ولاتزيد على قيمة الاعمال المخالفة وذلك بالنسبة للجرائم التي ترتكب بطريق العمد او الاهمال الجسيم بعدم مراعاة الاصول الفنية في التصميم او التنفيذ او الاشراف على التنفيذ او الغش في استخدام مواد البناء او استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات، وفضلا عن ذلك يحكم بخطر التعامل نهائيا مع المقاول المسند اليه التنفيذ، ويشطب في سجلات نقابة المهندسين اسم المهندس المصمم او المشرف على التنفيذ بحسب الاحوال....".

(2) المادة (22) قانون البناء المصري رقم 106 لسنة 1976، وهي مستبدلة بالقانون رقم 25لسنة 1992 والتي نصت الفقرة الاولى منها على " مع عدم الاخلال باي عقوبة اشد ينص عليها قانون العقوبات او أي قانون اخر يعاقب بالحبس وبغرامة لاتتجاوز قيمة الاعمال او مواد البناء المتعامل فيها بحسب الاحوال او باحدى هاتين العقوبتين.....".

المطلب الأول
الإهمال الجسيم في عدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم

يختص المهندس المعماري بوضع التصاميم والمخططات وإعداد جداول الكميات والمواصفات الفنية للأعمال، وتتعدد صور عدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم، وقد نصت المادة (5) من قانون البناء في مصر رقم 106 لعام 1976 على أن "المهندس المصمم يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصميم وعليه اعتماد إصدار الرسومات وتعديلاتها وفق الأصول الفنية والمواصفات القياسية المصرية المعمول بها وقت الاعداد، والقرارات الصادرة في شأن أُسس تصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية وأعمال البناء" والمواصفات القياسية يقصد بها مواصفات البناء التي لا يجوز النزول عن الحد الأدنى منها وفقا لما هو معمول به وقت إنشاء البناء. ومن خلال النص يترتب على المهندس المعماري الالتزامات الآتية:

الالتزام الأول: الالتزام في التصميم بالأصول الفنية والمواصفات القياسية المعمول بها وقت التشييد.

الالتزام الثاني: الالتزام بشروط وقرارات أُسس تصاميم الأعمال الإنشائية.

الفرع الأول
الالتزام عند إعداد التصميم بالأصول الفنية والمواصفات القياسية

إن المهندس المصمم هو المسؤول مسؤولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصميم، وعليه الالتزام بإعداد المخططات وتعديلاتها بالأصول الفنية والمواصفات القياسية المعمول بها وقت الإعداد والقرارات الصادرة في خصوص التصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية، وعدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم تتضمن ما يأتي:-

- دراسة خواص التربة ومعرفة نتائجها.
- التصاميم المخالفة للأصول الفنية.

أولا:-دراسة خواص التربة ومعرفة نتائجها

في كثير من الأحيان يلجأ صاحب العمل إلى مهندس متخصص في مجال أبحاث التربة لعمل دراسة عن طبيعة موقع العمل المراد تشييد المنشأ عليه إذ يقوم أولا بعمل الفحوصات المختبرية لتربة الموقع بالإعداد والأعماق التي يحددها هو طبقا للقانون الهندسي للأُسس، ومن ثم تحديد خواصها عند الأعماق المختلفة ثم التوصية إلى المهندس المصمم باختبار أفضل أنواع الأسس،ومن المتعارف عليه في عقود التشييد أن المهندس المصمم الإنشائي لا تستلزم طبيعة عمله أن يقوم بنفسه بإجراء الفحوصات المختبرية للتربة والكشف على طبيعتها وعيوبها وانه يكفيه لإتمام تصميمه الإنشائي أن يسلمه صاحب العمل تقرير أعده متخصص في أبحاث التربة والذي يحتوي على المعلومات اللازمة عن طبيعة الأرض التي سيتم تأسيس المنشأ الثابت عليها، ومن أهم النقاط المهمة التي يجب أن لا تغيب عن تقرير التربة:

أ- في حالة وجود طبقة من التربة ذات طبيعة انتفاخية (أسفنجية) على عمق يؤثر في سلامة المبنى أو المنشأ إذا ما تعرضت تلك التربة إلى المياه والتي قد تسبب هبوط نسبي مؤثر لعناصر البناء التي تشيد في هذه التربة لذلك يجب على المهندس المختص بأبحاث التربة الإشارة إلى ذلك في توصيات التقرير لكي يتخذ المهندس المصمم من الاحتياطات اللازمة ما يكفل سلامة المبنى إنشائيا.

ب-وجود أملاح أو مواد ضارة في المياه الجوفية في موقع البناء وبنسب تزيد عن الحد المسموح به ووفقاً للمواصفات الهندسية مما يتطلب إجراء فحوصات مختبرية للمياه الجوفية في الموقع، والغرض منه توفير الحماية الضرورية لعناصر المنشأ التي تقع تحت مستوى منسوب المياه الجوفية ، إذ أن مواصفات البناء تحدد نسبا قصوى لتلك الأملاح والمواد الضارة وأن يؤخذ ذلك بالحسبان عند إعداد التصاميم والمواصفات من قبل المهندس المصمم

ثانيا: التصاميم المخالفة للأصول الفنية

يعد المهندس المصمم مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصميم وما يترتب عليه التزام في إعداد المخططات وتعديلها وفق الأصول الفنية القياسية المعمول بها وقت الإعداد، مع الأخذ بالحسبان أن ظروف كل مشروع تختلف عن المشروع الآخر في متطلباته وحدوده،إذ أن قيود التصميم ابتداء من متطلبات السلامة والاستخدام حسب النظم وقواعد تصاميم المباني أصبحت قوة رئيسة في التصميم لتنظيم كل جزء في التصميم والتشييد ويجب أخذها في الاعتبار إذ أن القوانين الخاصة بتصاميم البناء تتطلب من المهندس المصمم أن يكون ملزم بها، وتعد في حكم القانون واجب التطبيق على أعمال التصميم وعليه فان المهندس يعتبر قد قدم تصميما سليما إذا استطاع أن يثبت أن تصميمه مطابق للمتطلبات الهندسية وأن حساباته صحيحة طبقا لتلك المتطلبات، وانه لم يخالف أي من الاشتراطات التي تتعلق بسلامة المبنى ومتانته(1)

ومن أهم الأخطاء التي تحدث في إعداد التصميم من قبل المهندس المصمم مايأتي:-

1- الخطأ في تصميم الأُسس

والخطأ في تصميم الأُسس يعد خطأ جوهريا لذلك يتطلب من المهندس مراعاة تقرير أبحاث التربة والتوصيات بشأنها وقد يحدث الخطأ كذلك في القياسات والأبعاد ونوعية الأُسس أو الحديد المستخدم بحيث تكون غير مناسبة وسمك الأعمدة الحاملة أو الجدران أو السقوف وجميع الهياكل الحاملة للبناء مما يجعلها غير قادرة على استيعاب ما تتعرض له من زيادة في التحمل لأي سبب من الأسباب التي يؤدي إلى ظهور العيوب فيها وعلى خلاف ما تقتضيه قواعد الفن وأصول الصنعة(2).

(1) د. نبيل عبد البديع يحيى، القانون والمهندس، المرجع السابق، ص229.
(2) د. سامي محمد فريج، اعداد المستندات واعمال الطرح والتربية الكتاب الثاني، دار النشر للجامعات، القاهرة، 2007 ، ص200.

الفرع الثاني

الالتزام بشروط وقرارات أسس تصاميم الأعمال الإنشائية

يجب على المهندس المصمم أن يلتزم وفقا لنص المادة 103 من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 بالقرارات الصادرة في أُسس التصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية إذ قضت هذه المادة بالأتي " يعاقب المهندس أو الشخص المسؤول عن المكتب الهندسي القائم بأعمال التصاميم بالاعتماد على مخالفته لأحكام المواد (41-43-46-، 62 فقرة اولى) من هذا القانون بالحبس وغرامة لاتقل عن 5%من قيمة الأعمال المرخص بها ولاتزيد على 15%من قيمة الأعمال..... ويحكم بإزالة المخالفات وتصحيح الأعمال المخالفة على نفقة المخالف، وتتعدد العقوبات بتعدد المخالفات. وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لاتزيد عن خمس سنوات ومثلي الغرامة المشار إليها في الفقرة الأولى، وفي حالة تكرار المخالفة تقضي المحكمة بشطب المهندس المخالف أو المكتب الهندسي الذي ارتكبت المخالفة لصالحه أو من احد العاملين لديه من سجلات نقابة المهندسين ".

وقد نص القانون الفرنسي على هذا الالتزام في مجموعة من واجبات المهنة بما يأتي "بأن يحرص المهندس على مراعاة كل القيود القانونية وللوائح الواجبة التطبيق على الأعمال المكلف بها"[1] وعلى هذا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية "بأن يحترم المهندس المصمم الأعراف المحلية ومدى إمكانية إقامة بناء على قطعة ارض، وأنه حتى وإن ألزم صاحب العمل المهندس المصمم بمخالفة تنظيم البناء وقواعده فيجب عليه عدم الاستجابة وإلا عد مسؤولاً"[2].

(1) د. هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء ، المرجع السابق، ص 52-53.

(2) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص63.

يتضح من النصوص السابقة إنها تتضمن الحالات الآتية:

1- مع عدم الإخلال بالمسؤولية الجنائية للمهندس المصمم عما يرتكب من مخالفات فانه يكون مسؤولاً عن سلامة المستندات المرفقة مع المخططات التصميمية ومطابقتها للشروط والمواصفات الفنية على وفق القوانين الخاصة بالأعمال.

2- يشترط في حالة إضافة ارتفاعات أو طوابق إضافية للبناء أن يستحصل شهادة من المهندس المصمم تفيد بأن النظام الإنشائي للمنشأ وتصاميم الأُسس تتحمل إضافة بناء عليه، وذلك طبقا للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[1].

3- إقامة البناء بدون ترخيص من الجهات المختصة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأثر رجعي "إقامة بناء بدون ترخيص وجريمة إقامة البناء على ارض لم يتم فرزها أو تقسيمها، وإن كانت كل جريمة منها تقوم على عناصر موضوعية تختلف عن عناصر الجريمة الأولى غير أن الفعل المادي المكون للجريمتين واحد وهو إقامة البناء، سواء تم على ارض غير مفروزة أم بدون ترخيص...... وهو عنصر مشترك للأوصاف القانونية التي يمكن أن تعطي للواقعة والتي تتباين صورها بتنوع وجه المخالفة للقانون ولكنها جميعها نتائج متولدة عن فعل البناء الذي تم مخالفا للقانون"[2] ويظهر أن محكمة النقض قد أوضحت العنصر المشترك من جريمتي البناء بدون ترخيص أو البناء على ارض لم يصدر أمر بتقسيمها، وفي الحالتين يكون المهندس المصمم مسؤولاً عما يتعلق بأعمال التصميم والالتزام بقرارات وأُسس تصميم وشروط تنفيذ الأعمال الإنشائية.

(1) مادة (43) من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008.

(2) محكمة النقض المصرية، طعن رقم 2433 لسنة 30ق جلسة 9/ 3/ 1961، س12، ص315، د. هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عند عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق، ص53.

المطلب الثاني
الإهمال الجسيم في عدم مراعاة الأصول الفنية في التنفيذ والإشراف على الأعمال

وفقا للمادة (104) من قانون البناء المصري رقم (119) لسنة 2008 والتي نصت على "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مثلي قيمة الأعمال المخالفة بحد أدنى خمسين ألف جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أقام أعمال بدون مراعاة الأصول الفنية المقررة قانونا في تصميم أعمال البناء أو تنفيذها أو الإشراف عليها أو في متابعته أو عدم مطابقة التنفيذ للرسومات أو المستندات التي منح الترخيص على أساسها أو الغش في استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات المقررة........" وقد سبق أن تطرقنا في المطلب الأول إلى الصورة الأولى من التجريم عن الإهمال الجسيم في عدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم، ولهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى الصورة الثانية من التجريم وفقا لنص المادة السابق ذكرها عن عدم مراعاة الأصول الفنية سواء أكان راجعا إلى التنفيذ أم الإشراف على التنفيذ، مع الأخذ في الاعتبار إن التنفيذ هو المهمة الأساسية للمقاول، أما الإشراف على التنفيذ فهي مهمة يقوم بها المهندس الذي يجب أن يتمتع بخبرة وكفاءة.

الفرع الأول
عدم مراعاة الأصول الفنية في التنفيذ

تنفيذ عقود التشييد غالبا مايقوم بها المقاول، وهو الشخص أو الشركة التي تقوم بالأعمال التي يحددها عقد المقاولة المبرم مع صاحب العمل، ومن شروط العقد أن ينفذ المقاول الأعمال وفقا للشروط والمواصفات الفنية المتفق عليها أو الشروط التي تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها، ويكون المقاول مسؤولاً عن جميع الأخطاء أو المخالفات التي تحدث أثناء التنفيذ.

وقد نصت المادة (51) من قانون البناء المصري 119 لسنة 2008 على أنه: "يجب أن يتم تنفيذ البناء أو الأعمال المرخص بها وفقا للأصول الفنية وطبقا للرسومات والمستندات الصادر بها الترخيص، ولا يجوز إدخال أي تعديل أو تغيير جوهري في الرسومات المعتمدة إلا بعد الحصول على ترخيص بهذا التعديل أو التغيير طبقا لقواعد إصدار الترخيص ويكتفي في شأن التعديلات البسيطة التي تقتضيها ظروف التنفيذ بموافقة المهندس أو المكتب الهندسي الذي قام بالإعداد........ ويجب الاحتفاظ بصورة من الترخيص والرسومات المعتمدة في موقع التنفيذ لمطابقة الأعمال التي يجري تنفيذها عليها".

ويظهر من نص المادة إن القانون قد اشترط على ما يأتي:

أ- أن يتم التنفيذ وفقا للرسومات والمستندات والأصول المتبعة في صناعة التشييد.

ب- أن يجري التعديل على المخططات أو المواصفات الفنية بموافقة المهندس المصمم.

ج- الاحتفاظ بهذه المخططات أو المستندات في موقع العمل لغرض مطابقتها والرجوع إليها مع الأعمال المنفذة.

في حالة الإخلال بأي من النقاط المذكورة يعد المقاول مسؤولاً عن أي مخالفة من تلك الالتزامات وبناء على ما تقدم فإن الأخطاء التي تقع ويكون المقاول مسؤولاً عنها في تنفيذ الأعمال تأخذ أي من الحالات الآتية:

الحالة الأولى: الأخطاء التي يرتكبها المقاول في التنفيذ بإخلاله في عدم تنفيذ العمل بموجب التصاميم التي حددها المهندس المصمم كان يخطأ في تثبيت أبعاد المنشأ بشكل لايتطابق مع الأبعاد الموجودة في التصميم أو زيادة أو نقصان في أعماق حفريات التربة للأسس أو زيادة أو نقصان في ارتفاع المبنى.

الحالة الثانية: الخطأ في التنفيذ ويكون ذلك بمخالفته الأصول الفنية المتعارف عليها في أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها إذ يخل المقاول في استخدام نسب خلط الخرسانة بكميات أقل عما هو مطلوب في المواصفات الفنية المطلوبة أو استخدام قياسات لحديد

التسليح تقل عن القياسات المطلوبة في المواصفات القياسية، وقد يؤدي ذلك إلى إنتاج خرسانة ضعيفة لا تقوى على حمل جميع أعمال البناء المسلطة عليها.

وفي قضية مصر الجديدة فقد وجهت المحكمة الاتهام إلى المقاول وصاحب العمل ما يأتي '.....أنهم لم يراعوا الأصول الفنية المقررة في تنفيذ البناء والمخالفات للمخططات المرخصة على الرغم من علمهم بما شابهما من أخطاء واستخدموا كميات من مواد البناء (حديد التسليح والاسمنت) أقل من الحد المسموح به في المواصفات القياسية، كما أنهم شيدوا البناء مخالفا للمخططات المصممة وقاموا بتعلية ستة طوابق دون الحصول على ترخيص بذلك، فضلاً عن ذلك فقد تبين إن من أسباب انهيار البناية أن نسبة الاسمنت المستخدمة في الخرسانة المسلحة المنفذة كانت تتراوح بين (150-200) كغم/ م^3 وهي تقل بكثير عن الحد المطلوب بموجب المواصفات القياسية المصرية وهي 350 كغم/ م^3... كما تبين سوء توزيع الحديد، وضعف في رص الخرسانة مما ولد فراغات كثيرة أدت إلى إنتاج خرسانة ضعيفة'[1].

الحالة الثالثة: استخدام المقاول مواد غير مطابقة للمواصفات القياسية المطلوبة وفق التنفيذ.

فقد نصت المادة (46) من قانون البناء المصري 119 لسنة 2008 على:

' لا يجوز إصدار ترخيص البناء أو البدء في التنفيذ للأعمال...... إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين،............ وتغطي وثيقة التأمين المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث بالمباني والمنشآت من تهدم كلي أو جزئي وذلك بالنسبة لما يأتي[2]:

(1) محكمة (من الدولة في القضية رقم 573 لعام 1993، د. هدى حامد قشقوش المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول في عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق، ص 57.

(2) يلاحظ ان وثيقة التأمين التي يقدمها صاحب العمل تكون لتعويض الغير عن الضرر الذي قد يلحق به جراء التهدم الكلي او الجزئي، فيلتزم به المهندس والمقاول متضامنين طبقا لنصوص المادة (651) من القانون المدني المصري.

1- مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة التنفيذ باستثناء عمالهم.

2- مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة الضمان المنصوص عليها في المادة (651) من القانون المدني المصري...............".

قد تقتضي ظروف التنفيذ السريعة والبسيطة إجراء بعض التعديلات في نسب المواد أو تغير في قياسات وأحجام حديد التسليح، فيجب موافقة المهندس المصمم أو المهندس المشرف على الأعمال بالإضافة إلى إستحصال موافقة الجهة المسؤولة عن تنظيم أعمال المباني[1].

الفرع الثاني

عدم مراعاة الأصول الفنية في الإشراف على التنفيذ

الإشراف على تنفيذ الأعمال المهمة يقوم بها المهندس، وقد اشترطت المادة (53) من قانون البناء المصري 119 لسنة 2008 بالنص على أنه "............ ومع مراعاة أحكام قانون نقابة المهندسين، يلتزم صاحب العمل بأن يعهد إلى مهندس نقابي أو مكتب هندسي إستشاري بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص بها ويكون المهندس المشرف مسؤولاً مسؤولية كاملة عن الإشراف على تنفيذ هذه الأعمال، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الحالات التي يلزم فيها الاستعانة بأكثر من مهندس نقابي أو مكتب هندسي متعدد التخصصات تبعا لنوعية الأعمال المرخص بها.

وفي حالة عزم المهندس المشرف على التنفيذ التخلي عن التزامه بالإشراف، فعليه أن يخطر صاحب العمل أو من يمثله قانونا والجهة الإدارية المختصة بذلك كتابة قبل توقفه عن الإشراف بشهر على الأقل.......... وعلى المهندس المشرف على التنفيذ أن يخطر صاحب العمل والمقاول والجهة الإدارية كتابة بأي أعمال مخالفة فور وقوعها أيا كان مرتكبها ما لم يتم تصحيحها......".

---

(1) د. عبد الحميد الشواربي، شرح قانون المباني، المرجع السابق، ص 111.

وجوهر مهمة الإشراف على التنفيذ يتضمن معنى الرقابة والإدارة في وقت واحد، والإدارة تعني مباشرة سير الأعمال وفقا للقواعد والأصول الفنية ولذلك تتطلب بالقائم عليها أن يتوافر لديه الخبرة والكفاءة وخاصة من الناحية الفنية، مع الأخذ بالحسبان أن الرقابة تعني المتابعة والملاحظة لتلافي الأخطاء التي تحصل في التنفيذ[1].

إن غالبية الفقه والقضاء الفرنسي يخلطون بين الأمرين[2] وهو ما وقع فيه أيضا مرسوم 1941 الفرنسي، حين جاء في المادة (3) منه أن: "المهندس يدير ويراقب تنفيذ الأعمال ويتحقق من أنها تسير سيرا حسنا طبقا للتصاميم والقياسات التي وضعها ولوسائل التنفيذ التي حددها" ولعل مرجع هذا الخلط، في الواقع إلى ما يمكن أن يكون بين المهمتين من تداخل في بعض الأمور، وعلى الرغم من حرص البعض على الفصل بين مهمة الإدارة والرقابة على التنفيذ،فإنه يدخل في الأولى وجوب التحقق من المواد المستعملة في البناء ومدى مطابقتها للمواصفات الفنية المطلوبة وجودتها والأمر بإصلاح الأعمال التي تنفذ بشكل مخالف للأصول الفنية، مع أن هذه الأمور قد تدخل في نطاق مهمة المهندس في الرقابة على التنفيذ، بينما مهمة الإدارة تذهب في كفالة حسن سير الأعمال وفق الجدول الزمني بغية انجازها في الوقت المحدد[3].

---

(1) د. هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول في عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق ص59.

(2) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص76.

(3) وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية "بانه يتعين على المهندس المشرف ان يتخذ كل ماهو ضروري من الاجراء بغية ان يسير معدل التنفيذ بشكل مرضي، من شأنه ان يكفل احترام المدة المحددة بالعقد، ولا كان مسؤولاً عن ارتفاع اسعار المواد التي تحصل بعد انتهاء مدة انجاز العمل د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص77.

ومضمون التزام المهندس المشرف على التنفيذ يقتضي عدة مهام منها:

1- يتعين على المهندس المشرف مراجعة وتدقيق التصاميم والمخططات التي سبق إعدادها من قبل المهندس المصمم وتصحيح الأخطاء إن وجدت قبل أن يسمح للمقاول بتنفيذها، وكذلك معالجة العيوب أو عدم الملائمة في المواصفات الفنية فإن لم يفعل ذلك فيكون مسؤولاً بالتضامن مع المهندس المصمم الذي اعد هذه التصاميم، ويبرر هذه المسؤولية أن بعض الأخطاء أو العيوب في التصاميم والمواصفات لا تظهر إلا من خلال التنفيذ.

2- كما يتعين على المهندس المشرف على التنفيذ التحقق من التربة التي سيقام عليها المنشأ ومدى صلاحيتها وتحملها للأوزان المسلطة عليها من البناء بموجب التصاميم المعدة لهذا الغرض، فإذا تبين أن هناك عيب فيها وجب عليه أن يخطر صاحب بما يتطلب من تعديل التصميم أو تقويتها من خلال إجراء المعالجة عليها.

3- تقع عاتق المهندس المشرف على التنفيذ مسؤولية التحقق من المواد الإنشائية المستخدمة في البناء ومتابعة أعمال المقاول وطريقة التنفيذ التي يقوم بها، وإجراء الفحوصات المختبرية للمواد المصنعية أو الأعمال المنفذة بصورة مستمرة، وتطبيقا لذلك فانه يتعين عليه أن يبادر إلى إصدار تعليماته بضرورة تصحيح ما يكون قد وقع فيه المقاول أثناء التنفيذ من انحرافات، وقد قضي في هذا الشأن بمسؤوليته إذا كان المقاول قد خالف أصول التنفيذ ولو بدون علمه في تنفيذ الأعمال بصورة مخالفة للتصاميم والأبعاد المحددة إذ كان من الواجب عليه، أن يعترض ويوقف الأعمال التي كان من شأنها تعريض متانة البناء وسلامته للخطر،وكان المفروض به أن يعترض على التنفيذ[1].

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، المرجع السابق، ص83.

المطلب الثالث
استخدام الغش في مواد البناء أو مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية

الغش في استخدام مواد البناء أو مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية أساسه الرجوع إلى القواعد الهندسية التي تحكم المواد التي تستخدم في الأعمال الإنشائية مثل استخدام مادة الإسمنت منتهية صلاحيته أو استخدام حديد التسليح يختلف عن القياسات والأحجام الواجب استخدامها في المواصفات المطلوبة لذلك سنتناول هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول
الغش في استخدام مواد البناء

الغش يشمل استعمال مواد تختلف عن المواد المتفق عليها أو الواجب استعمالها بحسب الأحوال، ويدخل في ذلك اختلاف في الصفات الجوهرية لمواد البناء، وقد جرم المشرع المصري[1] الغش في استعمال مواد البناء أو مواد غير مطابقة للمواصفات.

إذ يرى البعض أن المشرع نص على هذه الجريمة استثناءا من القواعد العامة في الغش التي توجب أن يكون الاختلاف في الصفات الجوهرية للشيء فقط، ولعله قصد من ذلك القضاء على كافة أنواع الغش ومحاولات التلاعب في مواد البناء تلافيا للأخطار التي قد تنجم عن ذلك[2] ويعنى الغش في استخدام مواد البناء إضافة مواد أخرى تختلف عن طبيعة المادة المطلوب تنفيذها بموجب المواصفات المطلوبة في العقد والغرض من عملية الغش في هذه الحالة تقليل الكلفة.

(1) المادة (104) من قانون البناء المصري / 119 لسنة 2008.

(2) حامد الشريف، جنايات المباني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1995، ص 197.

الفرع الثاني

الغش في استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات

شدد المشرع[1] عقوبة جريمة استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات في البناء، بسبب عدم مطابقة مواد البناء للمواصفات الفنية المطلوبة لاشك سوف يؤدي حصول تهدم كلي أو جزئي في المبنى المشيد عاجلا أم آجلا كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وغرامة لا تقل عن مثلي قيمة الأعمال المخالفة ولا تزيد على ثلاثة أمثال قيمة الأعمال المخالفة.

ويمكن تعريف جريمة عدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم أو التنفيذ أو الإشراف بأنها الجريمة التي لايراعي فيها المهندس المصمم أو المهندس المشرف على التنفيذ أو المقاول الذي يقوم بتنفيذ العمل بموجب العقد المبرم مع صاحب العمل،الأصول الفنية الواجب مراعاتها عند القيام بأعمال التصميم أو التنفيذ أو الإشراف[2] والالتزام بعدم غش المواد أو باستخدام مواد مطابقة للمواصفات الفنية هو التزام يقع على عاتق كل القائمين بعملية التشييد بدءا من المهندس المصمم الذي يحدد في كراسة الشروط المتعلقة بالبناء، مواصفات المواد المستخدمة ونوعها بالإضافة إلى التصاميم، ويلتزم المقاول الذي يباشر عمله بتنفيذ الأعمال المتفق عليها مع صاحب العمل بموجب الشروط والمواصفات الفنية المطلوبة وعدم استخدام الغش فيها، وأخيرا فان المهندس المشرف على تنفيذ الأعمال تقع عليه مسؤولية القيام بمهمة الإدارة والرقابة وبما لا يسمح للمقاول مخالفة تنفيذ الأعمال من خلال الغش في استخدام مواد البناء أو استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات الفنية أو من خلال التنفيذ الخاطئ في البناء[3].

---

(1) المادة (104) قانون البناء المصري 119 لسنة 2008.

(2) حامد الشريف، جنايات المباني، ص199.

(3) د. هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول في عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، المرجع السابق.

المبحث الثالث
حالات إعفاء المهندس الإستشاري والمقاول من المسؤولية في عقود التشييد

إن إلتزام المهندس والمقاول بضمان العيوب في المباني والمنشآت الثابتة الأخرى هو إلتزام بتحقيق نتيجة، ويتمثل هذا الإلتزام ببقاء الأبنية والمنشآت سليمة ومتينة مدة عشر سنوات على الأقل من تاريخ قبول صاحب العمل لتلك الأبنية وتسلمه أياها، وبذلك فإنهما يسألان عن أي تهدم كلي أو جزئي وعن أي عيب يهدد متانة البناء وسلامته شريطه حدوثه خلال مدة عشر سنوات من تاريخ القبول[1]، ولا حاجه لأن يثبت صاحب العمل وجود خطأ بجانب المهندس أو المقاول، إذ إن وجود العيب هو الخطأ كما هو الأمر في كل إلتزام بتحقيق نتيجة وهو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس[2].

وعلى ذلك فإن مسؤولية المهندس الإستشاري والمقاول تقوم على خطأ مفترض وهو مخالفة القانون ولا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي، فلا يجوز لأي منهما في سبيل دفع هذه المسؤولية عن نفسه أن يثبت عدم ارتكابه الخطأ وأنه قام بواجب العناية اللازمة لكي تبقي الأبنية والمنشآت الثابتة الأخرى سليمة ومتينة مدة عشر سنوات.

ووفقاً للقواعد العامة أن يكون الضرر الذي أصاب صاحب العمل نتيجة التهدم أو ظهور العيب منسوباً إلى فعل المهندس أو المقاول في أعمال البناء والتشييد إنه يجب توافر علاقة السببية بين الضرر ونشاط المهندس أو المقاول، فإذا انتفت علاقة السببية مابين الضرر والخطأ انتفت مسؤوليتهما، ونفي علاقة السببية يكون بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد للمهندس أو المقاول فيه، والمتمثل بالقوة القاهرة، أو خطأ صاحب العمل، أو خطأ الغير[3].

---

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 111، ص 172.

(2) د. سليمان مرقس، دروس في المسؤولية المرئية، محاضرات لطلبة الدكتوراه، فقرة 193، ص 398.

(3) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الألتزام، دار النهضة العربية،القاهرة، 1992، فقرة 476،ص599.

ومن الرجوع إلى القواعد العامة في عقد التشييد والتي تنطبق على أعمال المقاولات بشكل عام، نجد أن المادة (211) من القانون المدني العراقي تنص على ما يأتي:

"إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه طأقة سماوية أو حادث جنائي أو قوة قاهرة أ، فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"[1].

كما نصت المادة (786) من القانون المدني الأردني على ما يأتي: يضمن المقاول ما تولد من فعله وصنعه من ضرر أو خسارة سواء أكانت بتعديه أو تقصيره أم لا وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه.

وبذلك يتبين أن المشرع الأردني أورد نصوصاً متفرقة بخصوص السبب الأجنبي بعضها في عقد المقاولة والبعض الآخر في الفعل الضار، بينما المشرع العراق أورد النص فقط في العمل الضار، وكان أحرى بالمشرعين العراقي والأردني أن يوردا النص عن السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية ما بين الضرر وفعل الفاعل ومن ثم يسقط مسؤولية الفاعل، لذلك كان المفروض أن يورداه في آثار الحق لتنطبق أحكامه على جميع الحالات التي يتسبب فيها فعل الفاعل بضرر لشخص آخر في سبيل نفي مسؤولية ذلك الفاعل إذا إستطاع إثبات السبب الأجنبي وقد أحسن المشرع المصري صنعاً عندما أورد السبب الأجنبي في المادة (215)[2] منه لتنطبق على جميع الحالات وسنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو الأتي:

المطلب الأول: القوة القاهرة.

المطلب الثاني: فعل صاحب العمل.

---

(1) تقابلها المادة(261) في القانون المغربي الاردني، والمادة(165) في القانون المدني المغربي.

(2) نصت المادة(215) في القانون المدني المصري على ما يأتي:"إذا أستحال على المدني أن ينفذ الألتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لقدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن أستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامة".

المطلب الثالث: فعل الغير.

المطلب الأول
القوة القاهرة

يشترط في القوة القاهرة، إلا يمكن توقعها أو دفعها وأن تكون قد جعلت تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولا يكفي أن تكون قد جعلت تنفيذ الالتزام صعباً مرهقاً للمدين[1]، والمقصود بعدم إمكان التوقع ليس بالنسبة إلى الحوادث التي لم يسبق وقوعها، وإنما الحوادث التي لا يستطيع أحد توقع وقت حدوثها مرة ثانية حتى من أشد الناس حيطة[2].

وبذلك فإن القوة القاهرة ما هي إلا آمر خارجي غير متوقع حصوله وغير ممكن دفعه وغير ممكن درء ما ينتج عنه من أضرار[3].

وفيما يتعلق بهذه العناصر، وهي عدم إمكانية التوقع واستحالة الدفع يلاحظ إن القضاء الفرنسي الحديث أحياناً ما يكتفي بأحد العنصرين وخاصة إذا ما كان الضرر متوقعاً ولكن من المستحيل تفاديه، وتطبيقاً لذلك قضي بإن وجود بكتريا في قنوات المجاري يعد قوة قاهرة ولو ترتب عليه تكون مادة جلاتينية أغلقت المجاري لأنه غير ممكن دفعه ولو كان متوقعاً ومن ثم فإن تهدم المبني نتيجة طفح المجاري لا يدخل في مسؤولية المهندس أو المقاول[4].

(1) د. محمد لبيب سنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 113، ص ص135- 136.
(2) د. انور سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، فقرة 499، ص383.
(3) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة.
(4) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص54.

وقد ساوت التشريعات العربية ولم تفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي إذ جعلت أثرهما واحداً[1] ففي جميع نصوص القوانين وردت كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي بشكل مترادف لتدلان على تعبير واحد، ولهما نفس الأثر.

وكذلك فإن الفقه المصري أيضاً قد ساوي ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي[2] وقيام القوة القاهرة تنفي علاقة السببية ما بين فعل المهندس أو المقاول وما بين الأضرار التي تصيب صاحب العمل نتيجة تهدم الأبنية التي شيداها أو ظهور عيوب جسيمة تهدد متانة البناء وسلامته، ويقع على المهندس أو المقاول إثبات وقوع القوة القاهرة وإنها هي السبب الوحيد للتهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى حتى يستطيعا نفي مسؤوليتهما ودفعها عن تلك الأضرار تجاه صاحب العمل.

وعلى ذلك فإن إثبات القوة القاهرة لا ينفي خطأ المقاول أو المهندس وإنما ينفي علاقة السببية ما بين الضرر الحاصل لصاحب العمل وبين عملهما المتمثل بعملية التشييد، ومن ثم ينفي مسؤوليتهما ويدفعها.

وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة (898) من القانون المدني المصري المشروع التمهيدي على ما يأتي: "يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين إذا تبين من الظروف التي أدت إلى كشف عيوب البناء أن هذه العيوب قد نشأت عن قوة قاهرة كما لو حصل خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء إذا كان هذا الخلل قد نشأ لا عن موقع الأرض أو عن حركتها الذاتية بل عن أسباب خارجة لم يكن في الإمكان توقعها وقت البناء".ويظهر من النص السابق أن المشرع جعل عيب الأرض قوة قاهرة في حالة حدوث خلل في استقرار الأرض التي أقيم عليها البناء، وكان هذا الخلل ناشئاً عن سبب خارجي لا يمكن توقعه.

---

(1) المادة (211) من القانون المدني العراقي، المادة (261) من القانون المدني الأردني، المادة (165) من القانون المدني المصري.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، فقرة 586.

وقد أورد المشرع العراقي في المادة (870-1) من القانون المدني النص على أنه: "يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك حتى ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض"(1)، وبهذا يكون المشرع العراقي قد جعل العيب في الأرض ليس قوة قاهرة لأنه متوقع الحدوث ومن واجبات المهندس الإستشاري أن يقوم بجميع الاختبارات اللازمة لفحص التربة المراد إقامة المنشآت أو البناء عليها قبل البدء في الأعمال، إذ أنه من الممكن تلافي العيوب التي تظهر في التربة من خلال معالجة وتقوية الأسس وبذلك تخرج عن كونها قوة قاهرة.

ونرى أن العيوب التي تظهر في التربة التي يشيد عليها البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى لا تعد من قبيل القوة القاهرة، إلا إذا استحال على المهندس الاستشاري اكتشافها من خلال إجرائه كافة الاختبارات اللازمة، فإذا نتج الخلل في البناء عن عيب في الأرض التي أقيم عليها ذلك البناء أو المنشأ الثابت الآخر، فإن ذلك العيب يعد من قبيل القوة القاهرة التي تنفي مسؤولية المهندس الإستشاري أو المقاول.

وإما إذا كان في البناء أو المنشأ الثابت الآخر عيب جسيم يهدد متانته ثم حدثت قوة قاهرة سببت تهدم ذلك البناء، وكان من شأن تلك القوة القاهرة أن تسبب التهدم حتى لو لم يكن في البناء أي عيب، فهل يجوز لصاحب العمل مطالبة كل من المهندس الإستشاري والمقاول أو أي منهما بالتعويض عن الضرر الذي أصابه؟

(1) المادة (386) من قانون المعاملات السوداني لسنة 1984م نصت على: "1- إذا كان عقد المقاولة قائماً على تقبل بناء يضع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا متضامنين في التعويض لصاحب العمل مما يحدث في خلال عشرة سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت وعن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. 2- يبقى الالتزام في التعويض المذكور ولو كان الخلل أو التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها أو رضاء صاحب العمل بإقامة المنشآت المعيبة. 3- تبدأ مدة السنوات العشر المنصوص عليها في البند (1) من وقت تسلم العمل".

هناك من يقول أنه: إذا كان هناك عيب في البناء ثم تهدم البناء بقوة قاهرة دون أن يكون للعيب دخل في تهدمه، فإن صاحب العمل لا تعود له مصلحة في رفع دعوى الضمان، فإن البناء كان سيتهدم ولو لم يوجد فيه هذا العيب(1).

أما إذا كانت له مصلحة جاز أن يرجع بالضمان، مثل ذلك أن يكون العيب من شانه أن يزيد من الضرر الناجم عن تهدم البناء، أو أن شركة التأمين تحتج بالعيب في البناء فتدفع لصاحبه تعويضاً أقل، ففي مثل هذه الأحوال يرجع صاحب العمل بالضمان على المقاول بالقدر الذي أصيب فيه بضرر من جراء العيب(2).

في الواقع العملي في عقود التشييد نرى أن ما ذهب إليه الرأي الأول بانتفاء المسؤولية عن المهندس الإستشاري والمقاول في حالة الانهدام الكلي أو الجزئي للبناء أو المنشأ الثابت الآخر المعيب نتيجة القوة القاهرة هو رأي غير دقيق وصائب وذلك لأن وجود العيوب في البناء بكل تأكيد سوف تؤدي إلى الانهدام وأن تأثير القوة القاهرة ما هو إلا تسريعاً في التهدم سواء أكان جزئياً أم كلياً، وبذلك تكون مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول قد تحققت في الضمان.

وقد سار القضاء الفرنسي سابقاً على الحكم في مثل هذه الحالة بتوزيع المسؤولية بين القائمين على عملية التشييد تبعاً لنصيب كل واحد منهم في إحداث الضرر، وفقاً لما يسمى بالسببية الجزئية للقوة القاهرة، إلا أنه عدل عن هذا الاتجاه مقرراً أن وجود القوة القاهرة خاصة في حالة قرينة المسؤولية الخاصة يؤدي إلى انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر انتفاءً كاملاً، يمتنع معه الحكم بتقسيم المسؤولية(3).

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، ص137، هامش2.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، ص137، هامش2.

(3) د. محمد ناجي ياقوت: عقد المقاولة، بدون دار نشر، القاهرة، 1997، فقرة 131، ص281.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد عدل عن قاعدة السببية الجزئية، ولجأ إلى نظرية السبب المنتج، فقد تم اختيار أكثر الأسباب فاعلية في إحداث التهدم، أو الخلل في البناء، فإن كانت القوة القاهرة هي السبب المنتج انتفت مسؤولية المهندس والمقاول، وأما إن كان خطأ المهندس أو المقاول هو السبب المنتج في إحداث الضرر فتبقى مسؤوليتهما قائمة تجاه صاحب العمل.

وأما موقف القانون الإنجليزي في هذه المسألة فإنه مشابه لبقية القوانين العربية، فإذا فسخ العقد نتيجة لاستحالة التنفيذ وبعد أن تم تنفيذ جزء من أعمال العقد لمصلحة صاحب العمل فهنا يحق للمقاول المطالبة بقيمة الأعمال المنجزة التي نفذت بموجب الشروط والمواصفات المطلوبة ولا يحق لصاحب العمل المطالبة بالتعويض، لأن الاستحالة هنا ترجع إلى السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، وفعل صاحب العمل، وفعل الغير[1].

أما مضمون معيار القضاء المصري في تقدير القوة القاهرة في الجرائم التي تنشأ عن عقود التشييد، فقد عرفت محكمة النقض المصرية القوة القاهرة بأنها "العامل الذي يسلب الشخص إرادته فيرقمه عن إتيان عمل لم يرده، ولم يكن يملك له دفعاً"[2].

كما إشترطت المحكمة أيضاً بأن "ألا يكون للجاني يد في حصول الضرر أو في قدرته منعه"[3].

فيشترط إذن وفقاً لقضاء محكمة النقض المصرية، بجانب شرط عدم التوقع، وإستحالة الدفع للقوة القاهرة، وألا يكون الجاني قد أسهم بخطئه في حدوث النتيجة

(1) نوري يوسف عبيدات: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق في الجامعة الأردنية، 1987، عمان، ص271.
(2) نقض مصري،20 أبريل 1959م، مجموعة أقسام النقض، س 60، رقم 99، ص 451.
(3) نقض مصري، 10يناير 1960م، مجموعة القواعد القانونية، س10، رقم 99، ص455.

الإجرامية، فهو إذن معيار موضوعي مادي قائم على توافق شروط موضوعية لتقدير حدوث أو عدم حدوث القوة القاهرة وتأثيرها في النتيجة.

وقد أضاف القضاء الفرنسي عناصر مكملة تضاف إلى المعيار المادي للقوة القاهرة القائمة على عنصري عدم التوقع وإستحالة الدفع، وهذه العناصر المكملة تتعلق بالزمان والمكان، إذ إنه مع توافر عنصري التوقع وإستحالة الدفع يجب أن ينظر إلى الزمان والمكان اللذين حدثت فيها تلك الظواهر الطبيعية، فيجب على القاضي البحث فيما إذا كانت هذه الظواهر من الممكن توقعها في فترات معينة من العام، ففي فصل الخريف حيث تهب رياح شديدة في مناطق محددة في فرنسا يمكن توقع حدوثها زمنياً وبالتالي رغم قوتها وعنفها إلا أنه يمكن توقعها في هذا الوقت بالذات، ومن ثم في حالة حدوثها تخرج عن نطاق القوة القاهرة، إلا إذا حدثت زمانياً في وقت آخر غير ممكن التوقع، فهنا تدخل في نطاق القوة القاهرة، كذلك فإن عنصر المكان له أهمية كبيرة في تحديد معيار القوة القاهرة، فإذا حدثت هذه الظاهرة الطبيعية في منطقة يعتاد فيها حدوث ظواهر طبيعية ذو خصائص محددة، فإنه يجب على المهندس في هذه المنطقة عند إعداده تصاميم البناء فيها أن يراعي الظواهر التي تحدث فيها، فإذا لم يراع هذه الظواهر ومدى تأثيرها السيئ على البناء، على الرغم من عنفها وشدتها، يعتبر قد أخطأ في تصاميم البناء مما يستوجب مسؤوليته، لأنه كان يجب عليه أن يتوقع حدوث هذه الظاهرة في المكان المشار إليه[1].

---

(1) د. هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأصول الفنية في البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص115.

المطلب الثاني
خطأ صاحب العمل

إن خطأ صاحب العمل ينفي المسؤولية عن المهندس الإستشاري والمقاول عما يحدث في البناء والمنشآت الثابتة الأخرى من تهدم كلي أو جزئي، أو ما يظهر فيها من عيوب تهدد متانة البناء وسلامته. ويشترط لاعتبار خطأ صاحب العمل سبباً أجنبياً أن ينفرد ذلك الخطأ الصادر عنه في إحداث الضرر، كما لو قدم صاحب العمل مواد بناء كانت صالحة لدى فحصها من قبل المهندس أو المقاول، غير أن صاحب العمل قام باستبدالها بمواد غير مطابقة للمواصفات ففي مثل هذه الحالة يكون خطأ صاحب العمل هو السبب الوحيد الذي أدى إلى ظهور العيب أو التهدم في البناء، وهو سبب أجنبي ينفي مسؤولية المقاول والمهندس ولكن يجب على أي منهما أن يثبت خطأ صاحب العمل كسبب أجنبي، أما إذا كان خطأ صاحب العمل لا يشكل سبباً أجنبياً لقطع علاقة السببية، كما لو قدم مواد للبناء وهو لا يعلم بعدم صلاحيتها ولم يقم المهندس أو المقاول بفحصها قبل استعمالها، ففي هذه الحالة يكون إهمال المهندس أو المقاول هو السبب في التهدم أو ظهور العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته وتتحقق مسؤوليتهما ولو أثبتا أن صاحب العمل هو الذي قام بتقديم مواد البناء المعيبة بسبب عدم قيامهما بفحص تلك المواد، مع الأخذ في الاعتبار أن عملية إجراء الفحوصات المختبرية لجميع المواد أو الأعمال الإنشائية هي من مسؤولية كل من المهندس والمقاول ومن واجباتهما الأساسية في عقود التشييد.

وقد يكون الخطأ مشتركاً بين صاحب العمل من جهة والمهندس أو المقاول من جهة أخرى، ففي هذه الحالة تتوزع المسؤولية على الطرفين فيتحمل صاحب العمل بعض الضرر ويتحمل المهندس أو المقاول تعويض البعض الآخر، ومثال على ذلك أن يكون العيب الذي يهدد البناء وسلامته قد نتج بسبب إتباع تعليمات أصدرها صاحب العمل وأصر على تنفيذها سواء بفرض مواصفات خاطئة، أو تقديم مواد معيبة، أو

بالموافقة على تنفيذ تصميم معيب، فإن ذلك لا يعفي المهندس والمقاول من مسؤوليتهما، لأنه كان من الواجب عليهما تنبيه صاحب العمل إلى عدم كفاية المواصفات أو إلى عيوب البناء[1].والأصل هنا أن المهندس الإستشاري والمقاول خبيران في فن وأصول صنعة البناء والتشييد، بعكس صاحب العمل الذي يفترض فيه الجهل بهذه المهنة، كانا عليهما عدم إطاعته إذا كانت تعليماته ستؤدي حتماً إلى وقوع الضرر[2].

ولكن إذا أذعن المهندس أو المقاول لتعليمات صاحب العمل ونفذا أوامره، واستعملا المواد المعيبة، رغم ما يترتب عليها من تهديد لسلامة البناء ومتانته، فإنهما يعدان مخطئين، ولا يستغرق خطأ صاحب العمل خطأهما، وتوزع المسؤولية عليهم[3].

ونرى أنه في حالة إذعان المهندس الإستشاري أو المقاول لتعليمات أو أوامر صاحب العمل بتنفيذ الأعمال بطريقة معيبة ونشأ عن ذلك عيب يهدد سلامة البناء ومتانته،أو حصول تهدم كلي أو جزئي في البناء، فإن توزيع المسؤولية على صاحب العمل من جهة والمقاول أو المهندس من جهة أخرى غير مبرر، وذلك لأن الأصل بصاحب العمل وفقاً للقانون أنه غير خبير بأمور وفن البناء ولابد من حمايته، لأن إصراره على استخدام تلك المواد المعيبة، أو المواصفات الخاطئة لا يعفي المهندس أو المقاول من المسؤولية الخاصة بالضمان، وأنه كان بإمكانها عدم تنفيذ العمل، ولذلك فإن خطأ المهندس والمقاول يبعد خطأ صاحب العمل لذلك تبقى مسؤوليتهما كاملة عن أي تهدم أو تعيب قد يحصل في البناء أو المنشأ الثابت الأخر.

وبهذا الرأي أخذت المادة (892) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري فقد جاء فيها: "إذا أخبر المهندس المعماري، أو المقاول صاحب العمل قبل التنفيذ، أو في أثنائه، بما

(1) د. محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 114، ص137.
(2) د. محمد لبيب شنب: المرجع السابق، فقرة 114ن ص138.
(3) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، فقرة 74، ص137.

ينجم من خطر من جراء تنفيذ العمل وفقاً للشروط المطلوبة، فإن ذلك لا يعفيه من المسؤولية... حتى بالنسبة للأعمال التي يكون صاحب العمل أمر بها، على الرغم من هذا التحذير".

لكن التقنين المدني المصري الحالي جاء خلواً من أية إشارة على الإطلاق تفيد وجوب الأخذ بمثل هذا الحكم، وقد استقر رأي القضاء المصري والقضاء الفرنسي في مجموعهما منذ وقت طويل، فيما يصدرانه من أحكام في إتباع مثل هذا الحكم[1]. ولكن إذا كان صاحب العمل خبيراً بأمور البناء والتشييد، وكان لديه من الخبرة ما يفوق خبرة المهندس والمقاول الذي تعاقد معهما، فإن أذعانهما لتعليمات صاحب العمل وأوامره، لا يعد خطأ منهما، والضرر يعد راجعاً إلى خطأ صاحب العمل وحده، وتنتفي مسؤولية كل من المهندس أو المقاول[2].

وتطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية: "... إلا أنه إذا كان المقاول قد نبه صاحب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم ولكنه أصر على التنفيذ، وكان لصاحب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول فإن إذعان المقاول لتعليمات صاحب العمل في هذه الحالة لا يجعله مسؤولاً عما يحدث في البناء من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم إذ الضرر يكون راجعاً إلى خطأ صاحب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة"[3].

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المرجع السابق، فقرة 74، ص139، هامش (1). وكذلك محمد ناجي ياقوت: عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 134، ص ص 2-4.

(2) د. محمد لبيب شنب: شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 114، ص13.

(3) محكمة النقض المصرية، طعن رقم 440، لسنة 31 قضائية، جلسة 8/12/1966، ص17، ص1830، مشار إليه في رسالة الماجستير المقدمة من عادل عبد العزيز عبد الحميد، مسؤولية المقاول والمهندس من ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص93.

وكذلك الحال في القانون والقضاء الإنجليزي، إذ يعد خطأ صاحب العمل سبباً أجنبياً يعفي المقاول من التعويض بسبب انتفاء مسؤوليته عن خطأ صاحب العمل، فقد جاء في حيثيات حكم صدر من القضاء الإنجليزي بما يأتي: "أن المقاول يستحق الأجور ويعفى من أية تعويضات إذا أثبت أن عدم إتمام الأعمال المطلوبة كان نتيجة تصرفات وأخطاء صاحب العمل، كفشل المهندس في تزويد المقاول بالتصاميم أو أوامر البدء بالعمل أو التفاصيل الإنشائية المطلوبة منه، لذلك فقد قضت المحكمة أن إنهاء العقد مع المقاول من جانب صاحب العمل نتيجة عدم قيام المقاول بإنجاز العمل ضمن الوقت المحدد بسبب عدم تزويد المقاول بالتصاميم يعد خاطئاً، ويترتب على صاحب العمل تعويض المقاول عن جميع ما أنجزه من الأعمال التي نفذت بموجب الشروط والتصاميم"[1].

وقد أخذت بهذا الحكم المادة (885-1) من القانون المدني العراقي إذ نصت على: "لصاحب العمل أن يفسخ العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل"[2].

أما المشرع الأردني وفي المادة (802) من القانون المدني لم يعطي لصاحب العمل الحق في فسخ أو إعفاء العقد منفرداً وإنما نصت على أنه: "إذا بد المقاول في التنفيذ ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لابد له فيه فإنه يستحق قيمة ما تم من الأعمال وما أنفق في سبيل التنفيذ بقدر ما يعود على صاحب العمل من نفع"، إذ النص لا يشير إلى تعويض المقاول عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

---

(1) مشار إليه في رسالة ماجستير، نوري يوسف عبيدات، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص ص 273-274.

(2) تقابلها المادة (663-1) من القانون المدني المصري، والتي أشارت إلى نفس النص، وكذلك المادة (397) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

أما عن تدخل صاحب العمل في شؤون المهندس أو المقاول فالأصل في هذه الحالة لا يعفى أيهما من المسؤولية لأن كلاهما يتمتع باستقلال قبل صاحب العمل في أدائه لأعماله، فليس المهندس أو المقاول تابعاً لصاحب العمل وهما لا يتلقان منه الأوامر ولا التعليمات، ويقتصر الأمر على دوره في متابعة ومراقبة سير تنفيذ الأعمال ومدى مطابقتها للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، ومن ناحية أخرى فإن تدخل صاحب العمل في عمل المهندس أو المقاول لا يعد خطأً في ذاته فلماذا لا نسمي هذا التدخل من جانب صاحب العمل بأنه مجرد اقتراح أو مشورة أو رأي مما يقبل المناقشة أو الفحص أو الرفض من جانب المهندس أو المقاول، ولهم الحق الامتناع عن قبول أي تدخل من شأنه أن يؤثر على سلامة البناء ويهدد متانته وقد قضى بأنه إذا كان صاحب العمل قد بدأ بنفسه في أعمال التشييد ثم عهد بتكملتها إلى المهندس والمقاول وحدث تهدم للبناء خلال فترة الضمان العشري، وأثبت كلاً من المهندس والمقاول أن سبب التهدم يرجع إلى الطريقة الخاطئة التي بدأ بها صاحب العمل عملية التشييد فإن هذا لا ينفي مسؤوليتهما لأنهما قد قبلا تكملة العمل، وكان المفروض في أنهما قد فحصاه جيداً قبل المباشرة بالأعمال، فإن لم يفعلا، فهذا هو الخطأ بعينه[1].

وقد قضى في فرنسا بأنه إذا كان صاحب البناء تحت التشييد يعمل بدوره مهندساً ومقاولاً في نفس الوقت وقد استعان بالمدعي عليهما المهندس والمقاول لتنفيذ بناية ثم قام بتوريد مواد معيبة إليهما وبخاصة الإسمنت والحديد وفرض عليهما استعمال هذه المواد، فأذعن المهندس والمقاول لأوامره على أساس أنهما لا يتوقعان من صاحب العمل وهو بهذا التخصص أن يقوم بغش في مواد البناء التي تستخدم في بنايته هو، وكذلك لم يكن في استطاعتهما الامتناع عن قبول هذه المواد من صاحب العمل وقد اشتراها فعلاً، فإن هذا مما يؤدي إلى إعفائهما.

(1) د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، المرجع السابق، ص56.

المطلب الثالث
خطأ الغير

القاعدة أن خطأ الغير لا يدفع عن المهندس الإستشاري والمقاول المسؤولية الملقاة على عاتقها بمقتضى المادة (870) من القانون المدني العراقي، إلا إذا أجتمعت فيه شروط القوة القاهرة،من حيث عدم قابلية الخطأ للتوقع وإستحالة الدفع، وفي هذه الحالة يكون الإعفاء من المسؤولية كلياً لانقطاع علاقة السببية، فأن لم يكن كذالك، ظل المهندس والمقاول مسؤولين مسؤولية كاملة عن كل الضمان نحو صاحب العمل، ويحق للمهندس والمقاول الرجوع على الغير المسؤول وفقاً للقواعد العامة(1).

ويقصد بالغير هنا كل هنا كل شخص أجنبي عن المهندس أو المقاول، وقد يكون شخصاً أجنبياً تماماً عن عملية التشييد، وهي حالات نادرة إلا أن ذلك ليس مستحيلاً، وقد يكون الغير ذا صلة بها ويدخل من ضمنهم المهندس والمقاول على حسبان كل منهما غيراً في علاقته بالآخر،وسنتناول هذا المطلب في فرعين:-

الفرع الأول:- خطأ الغير الأجنبي عن عملية التشييد.

الفرع الثاني:- خطأ الغير المتصل بعلمية التشييد.

الفرع الأول
خطأ الغير الأجنبي عن عملية التشييد

يندر في الحقيقة أن يكون خطأ الغير، الأجنبي تماماً عن عملية تشييد البناء أو المنشأ الثابت الآخر، هو السبب في العيب أو الخلل الذي حدث به، لكن ذلك ليس مستحيلاً ويحصل ذلك في الواقع العملي عند قيام هذا الغير بعمليات حفر على أعماق

(1) د. عبد الرزاق السنهدري، الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء السابع، المرجع السابق، فقرة 66، ص120، د، محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 115، ص179.

كبيرة بالقرب من أسس المنشأ محل المسؤولية، أو إستخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه، مما يؤدي إلى حدوث تصدع به، أو حدوث تهدم كلي أو جزئي، فأن من شأن هذا الخطأ إعفاء المهندس أو المقاول من مسؤوليتهما، بشرط أن لا يكونا مقصرين بارتكاب أخطاء مميتة في تصميم وتنفيذ الأسس تسهم في إحداث التصدع أو تفاقم ما كان به أصلاً فعندئذٍ توزع المسؤولية على المهندس والمقاول والغير، وفق نسبة اسهامه في إحداث الضرر(1).

ويفترض ذلك بطبيعة الحال أن تتصف هذه الأعمال ذاتها بصفة الخطأ وهي مسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة.

الفرع الثاني
خطأ الغير المتصل بعملية التشييد

قد يكون الغير ذا صلة بعملية التشييد، كأن يقع الخطأ من المنتج أو الصانع، أو محول العقار، أو مهندس سابق، أو من قبل الفنيين والعمال، أو مقاولي الباطن، أو قد يقع الخطأ من المهندس أو من المقاول، فبعد كل منهما غيره بالنسبة للأخـــر.

1. **خطأ المهندس الذي ترك العمل:-**

في الواقع العملي لعقود التشييد يحدث كثيراً أن يقوم المهندس المشرف على تنفيذ الأعمال ترك العمل أو قد يحدث أن يتم إبعاده من قبل صاحب العمل، وتناط مهمة التنفيذ إلى مهندس آخر ليواصل عمل المهندس السابق، وقد قضي تبعاً لذلك بمسؤوليته على الرغم من أن الخطأ بدأ من عند المهندس الأول كمسؤوليته عن عيوب التصاميم التي وصفها المهندس الأول، لكن إذا كانت العملية قد وصلت إلى مرحلة متقدمة بما لا يعد معه بإمكان المهندس الجديد أن يكتشف أو يتدارك ما سبق أن وقع بها

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء، المرجع السابق، فقرة 311، ص 351.

من أخطاء فإنه لا يكون بطبيعة الحال مسؤولاً عنها، إذ تنسب المسؤولية في الواقع إلى المهندس الأول، وخطأ المهندس الأخير يشكل بالنسبة له سبباً لأعفاء من المسؤولية [1].

2. خطأ المهندس أو المقاول في علاقة كل منهما بالآخر:-

طبقاً لنص المادة (870) من القانون المدني العراقي، يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحصل من تهدم أو عيوب في المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى التي أقاماها، ولا يجوز الاتفاق في عقد المقاولة على استبعاد هذا التضامن[2].

وعلى ذلك يستطع صاحب العمل أن يرجع عليهما معاً بالمسؤولية، فإذا حكم له بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء التهدم أو العيب كان له أن يقتضي هذا التعويض منهما معاً أو من واحد منهما فقط، ولكن التضامن بين المهندس والمقاول لا يقوم إلا في علاقتهما بصاحب العمل، أما في علاقتهما الواحد بالآخر فلا تضامن، بل تقسم المسؤولية عليهما، فإذا كانت مسؤوليتهما قد قامت بدون أن يثبت خطأ في جانب أي منهما، فإن المسؤولية تقسم عليهما بالتساوي، أي يلتزم كل منهما بنصف التعويض المحكوم به[3].

وهنا يبرز التساؤل في حالة الخطأ الصادر من المهندس أو المقاول على اعتبار أن كل منهما يعد غيراً في علاقته، هل يستطيع المهندس أو المقاول أن يتمسك كل منهما بخطأ الآخر، ليدفع المسؤولية عن نفسه في مواجهة صاحب العمل؟

يرى البعض أنه بإمكان كل من المهندس والمقاول التمسك بخطأ الآخر ولكن يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه في مواجهة صاحب العمل، يترتب عليه أن يثبت أن هذا الخطأ، تتوافر فيه شروط القوة القاهرة، من حيث عدم إمكانية التوقع، وإستحالة

(1) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء، المرجع السابق، فقرة 311، ص 352.
(2) د، محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، المرجع السابق، فقرة 115، ص179.
(3) المادة (279 – 1) من القانون المدني المصري.

الدفع، ويعد هذا من القواعد العامة التي تجيز للمدعي عليه دفع المسؤولية عنه، بإثبات القوة القاهرة، ولا يوجد سبب معقول لأستبعادها[1].

لذلك قضى بأن المهندس لا يستطيع أن يتخلص من القرينة الملقاة على عاتقه، بإثبات خطأ المقاول، لاسيما إذا كان المهندس مكلفاً بالإشراف والرقابة على التنفيذ، وبمهمة فحص المواد والأعمال الإنشائية، إلا إذا أثبت أن هذه الأخطاء كانت مستحيلة الدفع، وغير قابلة للتوقع،كما قضي بأن أخطاء المهندس في التصميم ليس من شأنها أن تعفي المقاول دائماً من مسؤوليته عن الضمان العشري، بل يجب لذلك إثبات عدم إمكان توقعها، ودفعها من جانب المقاول الخبير الحريص[2].

ويرى البعض الآخر أن المهندس لا يمكنه أصلاً أن يتمسك بأخطاء المقاول حتى أن يعفي نفسه من المسؤولية في مواجهة صاحب العمل، إلا إذا أثبت أن هذا الخطأ لا تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة من عدم إمكانية التوقع وإستحالة الدفع، ومن ناحية أخرى فأن هناك من ويرى بإن النصوص المنظمة للمسؤولية الخاصة تجعل المهندس ضامناً، أو كفيلاً للمقاول في مواجهة صاحب العمل بمعنى ان مسؤولية تتعين حتى وإن أثبت انه خطأ المقاول كان يشكل له حالة من حالات القوة القاهرة.[3] وأرى إن هذا ما هدفت إليه المادة (870) من القانون المدني العراقي التي جعلت كلاً من المقاول والمهندس ضامناً لصاحب العمل، وفي الوقت نفسه متضامنين مع بعضهما في تعويض صاحب العمل عن التهدم الكلي أو الجزئي أو التعيب، الذي يحصل في البناء خلال عشر سنوات،وهذا لا يمنع من رجوع أي منهما على الآخر،وفقاً للقواعد العامة. وقد قضت محكمة التمييز الاردنية بأنه:- إذا كان البناء تم تنفيذه من قبل المقاول تحت إشراف

(1) د. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، المرجع السابق، 297 وما بعدها.

(2) عادل عبد العزيز عبد الحميد، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الاردني، المرجع السابق، ص95.

(3) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مقاولي ومهندسي البناء، المرجع السابق، فقرة 311، ص 361.

المهندس، وإن كان عمل المهندس لم يقتصر على التصميم، فإن مسؤوليته تكون متضامنة مع المقاول وفق ما قضت به أحكام المادة (788) من القانون المدني[1].

3- خطأ منتج أو مورد المواد المعيبة التي أستخدمت في البناء:-

تنص المادة (1792 – 1) من القانون المدني الفرنسي على أنه يعد معمارياً بالمعنى المقصود في هذه المادة "كل صانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر من عناصر التجهيز في العمل، صممت وأنتجت لكي تفي بإغراض خاصة به وفقاً لمواصفات دقيقة معينة سلفاً، ويكون مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن الالتزامات المفروضة في القانون المدني والملقاة على عاتق المقاول الذي قام باستعمال هذا العمل، أو الجزء من العمل، أو العنصر التجهيزي فيه طبقاً للقواعد الموضوعة من قبل الصانع ودون إجراء أي تعديل عليها...".

يجمع الفقه الفرنسي على أن هذا الحكم الذي أستحدثه المشرع الفرنسي في النص السابق قد جاء بناءً على الحاجة إلى تطوير القانون المدني لمواجهة ما أستجد في مجال البناء والتشييد خاصة بعد تدخل الصناعة الحديثة والتقدم التقني فضلاً عن ضخامة مشاريع التشييد وما تحتاجه من الآلات ومعدات وأيدي عاملة، وإكتشاف الأبنية مسبقة الجهد والتصنيع، وأمام هذا تزايد دور الصانع أو المنتج وأصبح دور المقاول يقتصر على تركيب أجزاء المبنى أو المنشأ بعضها مع بعض[2].

(1) محكمة التمييز الاردنية،حقوق رقم 1827/ 97 بتأريخ 11/ 11/ 1997،منشور في المجلة القضائية، المجلد الاول،العدد الثاني،المعهد القضائي الاردني، مطابع المؤسسة الصحفية الاردنية، سنة 1997، ص507.

(2) د. عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص502.

والصناع أو المنتجون المعنيون في هذا النص الذين يشاركون بمنتجاتهم في عملية التشييد، وقد حدد النص طبيعة هذه المشاركة تحديداً دقيقاً، فهي أما أن يتم تصنيع العمل كله كما هو في البناء المسبق الجهد والصنع، أو تصنيع جزء منه على أن يكون هذا الجزء من العناصر الرئيسة في البناء، وإما أن يكون تصنيع عنصر تجهيزي فيه، ويكون هذا العنصر التجهيزي قد صمم للوفاء بإغراض خاصة بالعمل، وفقاً لمواصفات موضوعة سلفاً، مثل السخانات المركزية، وأجهزة التكييف المركزية، والمصاعد، وبشكل عام كل الآلات الميكانيكية والكهربائية التي يقوم المقاول بتثبيتها بحالتها التي سلمت أليه بها[1].

وهناك شروط لا بد من توافرها لإخضاع الصانع أو المنتج لأحكام المسؤولية الخاصة بالتضامن مع المقاول وهذه الشروط، كما يتضح من النص التشريعي للمادة (1792/ 4) من القانون المدني الفرنسي:-

1. أن يكون الصانع أو المنتج هو الذي قام بتصميم المنتجات بنفسه، بناءً على مواصفات وأبعاد ونسب عينها، وإن يكون كذلك قد قدم المواد التي صنع منها المنتج، أما إذا كان المهندس المصمم أو المشرف على العمل، أو المقاول هو الذي قام بنفسه بتصميم المنتج،ووضع المواصفات والأبعاد والنسب المختلفة له، وقدم المواد من عنده، فإن الصانع لا يكون مسؤولاً بالتضامن مع المقاول، طبقاً لأحكام المسؤولية الخاصة، وذلك لانعدام دوره في التصميم ويفرض عدم خطئه في التنفيذ.
2. أن يكون المنتج مصمماً ومنتجاً، كي يفي بإغراض محددة ومعينة سلفاً، فقد جاء في النص عبارة "كل صانع لعمل أو جزء من عمل، أو لعنصر من عناصر التجهيز، صممت وأنتجت لكي تفي بإغراض خاصة به وفقاً لمواصفات معينة سلفاً...".

(1) د. عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص506.

3. أن يكون المقاول قد قام بتركيب المنتج بدون أي تعديل فيه، فقد جاء في صريح المادة (1792) من القانون المدني الفرنسي بأن 'الصانع لعمل.... يكون مسؤولاً بالتضامن مع المقاول الذي قام بأستعمال هذا العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي بدون إجراء أي تعديل عليها...'.
4. أن يتم تركيب الشيء المنتج بالمطابقة للتعليمات التي يصنعها الصانع نفسه، وقد جاء في المادة السابقة أيضاً ما يقضي بأن 'الصانع لعمل... يكون مسؤولاً بالتضامن مع المقاول الذي قام باستعمال هذا العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي طبقاً للقواعد الموضوعة من قبل الصانع...'.

فإذا توافرت هذه الشروط فإن الصانع يخضع لأحكام المسؤولية الخاصة المقررة بموجب القانون. وقد يحدث أن تواصل شركة مقاولة أعمال شركة مقاولة أخرى تركت العمل أو تم إبعادها لأسباب، فإذا ما حصل تهدم في المنشأ وكان السبب يعود إلى أعمال الشركة الأولى فلا تسأل الشركة الثانية عن هذا الإلتزام وذلك لانتفاء العلاقة السببية بن نشاط الشركة الثانية والتهدم، وقد نصت محكمة تميز العراق إذ قالت: 'وجدت هذه المحكمة أن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف غير صحيح لأنها اعتبرت الشركة المميزة مسؤولة عن جميع أعمال الشركات التي سبقت قيام الشركة المميزة، لا يثبت على الشركة هذه المسؤولية، دون نص في العقد أو في القانون.......'[1] ويلاحظ أن محكمة التمييز قد نفت المسؤولية عن الشركة الأخيرة عن التهدم الكلي أو الجزئي في البناء بعد أن تأكدت عملية التشييد قد وصلت إلى مرحلة متقدمة بما لا يُعد بإمكان الشركة الأخيرة أن تكشف أو تتدارك ما قد وقعت به الشركة السابقة من أخطاء إذ تحسب الأخطاء إليها، وخطاء الشركة السابقة في التشييد يشكل بالنسبة إلى الشركة الجديدة سبباً للإعفاء من المسؤولية.أما إذا كانت الشركة الأخيرة التي استلمت العمل في الشركة الأولى التي تركت

(1) محكمة تمييز العراق، قرار رقم128/ مدنية اولى/ 71،في 15/ 6/ 1971م، النشرة القضائية، العدد2، ص160.

العمل أو أبعدت عنه بإمكانها أن تكشف أخطاء الشركة السابقة، أو العيوب وباستطاعتها أن تتدارك أخطاء الشركة السابقة، فهنا لا تنفي المسؤولية عنها،لأنها باستطاعتها أن تراجع عمل الشركة السابقة وأن تصحح الأخطاء المحتملة، وإذا كانت الأعمال المنفذة عن طريق الشركة السابقة غير مطابقة للمواصفات الفنية، فعلى الشركة الجديدة عدم المباشرة في بالعمل وإعلام صاحب العمل بما وجدت من عيوب وأخطاء.أما في فرنسا فإن الفقه والقضاء يلزم المقاول الذي يواصل مهمة مقاول آخر سابق ترك العمل أو بعد عنها أن يراجع العمل المنفذ سابقاً وقد قضى بمسؤوليته عن عيوب التصاميم التي وضعها زميله السابق[1].

وبضوء ما تقدم يظهر أن التشريعات في كل من العراق ومصر والسودان لم تجيز الاتفاق على إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه، وعدت كل شرط يؤدي إلى ذلك باطلاً، ولا فرق بين أن يكون الشرط المعني ومواده صريحاً أو يؤخذ ضمناً في صياغة العقد، والبطلان هنا يقع في الشرط ولا يمتد إلى شروط العقد الأخرى ما دامت صحيحة[2].

وقد قضت محكمة تمييز العراق بما يأتي "إذا اقترن العقد بشرط يخالف ما هو مقصود إن مثل هذا الشرط يعتبر باطلاً"[3].

---

(1) نقض فرنسي،9/ 6/ 1929م، نقلاً عن د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص352.

(2) المادة (870) في القانون المدني العراقي، المادة (653) من قانون المعاملات المدني المصري، والمادة (387-2) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(3) قرار محكمة تمييز العراق، رقم 1224/ ح/54، 11/ 1/ 1984م، مجلة القضاء، العدد الثاني، س12، 1984م.

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية وفيما نصت عليه المادة (651،653) من القانون المدني على أن، كل شرط في عقد الصلح يقصد به إعفاء المهندس والمقاول..... من الضمان ما لم يكن قد أنكشف وقت إبرامه من العيوب التي يشملها الضمان يكون باطلاً ولا يعتد به إذ لا يجوز نزول رب العمل مقدماً وقبل تحقق سبب الضمان عن حقه في الرجوع به....الخ[1].

أما في السودان فقد نصت المادة (2-387) من قانون المعاملات المدنية على ما يأتي "يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان من الضمان أو الحد منه".

(1) نقض مصري، 13/4/1974م، نقلاً عن د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 325.

الفصل الخامس

التأمين الإجباري وتطبيقات قضائية عن حوادث عقود التشييد

المبحث الأول : التامين الاجباري عن مسؤولية عقود التشييد

المبحث الثاني : تطبيقات قضائية عن مسؤولية حوادث التشييد



الفصل الخامس
التأمين الإجباري وتطبيقات قضائية
عن حوادث عقود التشييد

يعد التأمين من المسؤولية المعمارية أحد التطبيقات الخاصة للتأمين من المسؤولية بصفة عامة. ويهدف هذا النوع من التأمين إلى حماية المصلحة العامة التي تأبى أن يوجد في المجتمع مسؤول بلا حساب، أو مضرور بلا تعويض من جهة. وتحقيق فائدة مزدوجة لكل من المهندس والمقاول والمضرورين من جهة أخرى. إذ يعد التأمين من المسؤولية المعمارية أحد العوامل التي تهدف إلى زيادة التقدم في عقود التشييد المعماري، وذلك ببث روح الإبداع والابتكار لدى المهندس في ممارسته لمهنته وتوفير أكبر قدر من الحماية للمهندس أو المقاول في أدائه لهذه المهنة، إذ يستطيع كل منهما من خطر المسؤولية الذي يعرضه للمطالبة بالتعويض نتيجة ممارسته لمهنته[1]، وذلك من خلال التزامه بالتأمين الإجباري، ذلك التأمين الذي يفرض على المؤمن بمجرد تحقق الخطر المؤمن منه، أن يتحمل عن المؤمن له التعويضات التي قد يحكم عليه في حدود مبلغ التأمين لمصلحة الغير المضرور عما يحدث من أضرار بسبب تهدم المباني أو المنشآت خلال مدة التنفيذ أو خلال مدة الضمان العشري. كما يتضمن التأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية أيضاً توفير ضمان فعال وناجح للمتضررين من حوادث البناء، باعتبار أن المؤمن، الذي يكون غالباً شخصاً معنوياً لديه القدرة المالية التي تمكنه من تغطية الآثار المالية للمخاطر التي تعقد مسؤولية المهندس أو المقاول عما يلحق الغير من أضرار نتيجة تهدم المباني أو

(1) د. عبد الودود يحيى، مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها، مجلة مصر المعاصرة، السنة السبعون، العدد 376، أبريل 1979، ص118.

المنشآت، تلك الآثار التي قد تبلغ قدراً يعجز المهندس أو المقاول عن الوفاء به[1]. وذلك بتشجيع المضرورين على رفع الدعاوى ضد المهندس أو المقاول للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم. وإزاء عظم المخاطر وجسامة الأضرار التي تلحق الغير بسبب تهدم المباني والمنشآت، وإزاء ضخامة التعويضات التي يحكم بها للمضرورين ورغبة من المشرع في حمايتهم وضمان حصولهم على ما يحكم لهم من تعويضات، ورغبة منه في بث الطمأنينة في نفوس المهندسين والمقاولين، فقد فرض المشرع المصري على المهندس المعماري ومن في حكمه التأمين الإجباري من المسؤولية[2].

ومما يؤكد على الصفة الإجبارية للتأمين من المسؤولية المعمارية وتعلقه بالنظام العام ما نص عليه المشرع المصري في المادة (46)[3] التي جعلت من تقديم وثيقة التأمين شرطاً أساسياً للحصول على ترخيص البناء أو البدء في تنفيذ الأعمال، فقد نصت على ما يأتي لا يجوز إصدار ترخيص البناء أو البدء في التنفيذ للأعمال التي تبلغ قيمتها مليون جنيه فأكثر أو المبنى المكون من أربعة طوابق فأكثر أو التعليات أياً كانت قيمتها آلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين.....".

فضلاً عن ذلك سنتناول في هذا الفصل بعض التطبيقات القضائية الناتجة عن حوادث البناء والتشييد ومسؤولية مرتكبيها.

لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: مسؤولية التأمين الاجباري عن عقود التشييد.

المبحث الثاني: تطبيقات قضائية عن مسؤولية حوادث التشييد.

---

(1) د. جمال عبد الرحمن محمد علي، التزام المؤمن بالضمان في المسؤولية المعمارية في التأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية، بدون دار نشر، القاهرة، بدون سنة، ص6.

(2) أصدر المشرع المصري قانون البناء الجديد رقم 119 لسنة 2008.

(3) المصدر السابق.

المبحث الأول
التأمين الاجباري عن مسؤولية عقود التشييد

بناءً على ما سبق ذكره سنتناول هـذا المبحـث في أربعـة مطالـب وعلـى النحـو الآتي:

المطلب الأول: تعريف عقد التأمين وخصائصه.

المطلب الثاني: ضمان المؤمن للأضرار التي تلحق بالبناء.

المطلب الثالث: مدى ضمان المؤمن بالنسبة للمسؤولية.

المطلب الرابع: التأمين في عقود التشييد بحسب شروط عقد المقاولة.

المطلب الأول
تعريف عقد التأمين وخصائصه

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الأتي:

الفرع الأول: تعريف عقد التأمين.

الفرع الثاني: خصائص عقد التأمين.

الفرع الأول
تعريف عقد التأمين

لقد تعددت الآراء الفقهية في تحديـد معنـى عقـد التـأمين، فهنـاك تعريـف قـام بتحديده جانب من الفقه، وهناك تعريف قام بتحديده جانب من التشريع، ولهـذا سـوف نقوم بتحديد معنى عقد التأمين من خلال عرض جميع الآراء، وتحديد معنى عقد التأمين الصحيح.

قد عرفه الفقه الفرنـسي (بلاينـول) بأنـه عقـد يتعهـد بمقتـضاه شـخص يـسمى المؤمن، بأن يقوم بتعويض شخصاً آخر يسمى المؤمن له في حالة وقوع الخطر المؤمن منه،

وتعرضه لخسارة احتمالية، وذلك مقابل مبلغ من النقود يسمى القسط الذي يدفعه المؤمن له إلى المؤمن[1].

ولكن هذا التعريف كان محلاً للنقد من جانب الفقه وذلك من ناحيتين: الأولى أنه لم يبرز فكرة التعاون بين المؤمن لهم،ولم ينظر إلى التأمين من الناحية الفنية، أما من الناحية الثانية أنه يؤسس التأمين على فكرة تعويض المؤمن للمؤمن له عن خسارة احتمالية بينما ذلك لا يصدق إلا في التأمين على الاشياء الذي يتضمن فكرة الضرر، ولا يصدق من ثم في التأمين على الأشخاص الذي لا يتضمن فكرة الضرر[2].

وذهب الفقيه (سومن) إلى تعريف التأمين على أنه "عقد يمكن بوساطته-لشخص يسمى المؤمن- أن يلتزم بالتبادل مع أشخاص آخرين، هم المؤمن لهم بأن يقوم بتعويضهم عن الخسارة المحتملة نتيجة لتحقق خطر معين مقابل مبلغ معين يسمى القسط يدفعه المؤمن له إلى المؤمن، ليدرجه في رصيده المشترك المخصص لتعويض الاخطار[3].

وعرف التأمين كذلك الفقيه (هيمار) بأنه "عبارة عن عملية يحصل بمقتضاها أحد الأطراف –وهو المؤمن له–على تعويض، نظير دفع قسط، على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن، تعهد يدفع بمقتضاه هذا الأخير اداء معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينهما وفقاً لقوانين الاحصاء[4].

(1) د. عبد المنعم البدراوي، العقود المسماة، الايجار والتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، فقرة 104،ص 160.

(2) د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 11-12.

(3) د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين مع دراسة فقهية تطبيقية للتشريعات المعاصرة في التأمين الأجباري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 6.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقد التأمين، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، دار احياء التراث العربي، ص 1091، د. عبد المنعم البدراوي، عقد التأمين، المرجع السابق، ص 150.

أما التعريفات التي قام التشريع بتحديدها، فقد عرف المشرع العراقي عقد التأمين في المادة (983) من القانون المدني بأنه "1. عقد به يلتزم المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد مبلغاً من المال أو إلى ايراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، وذلك في مقابل أقساط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن.

2. ويقصد بالمؤمن له الشخص الذي يؤدي الالتزامات القابلة لالتزامات المؤمن، ويقصد بالمستفيد، الشخص الذي يؤدي إليه المؤمن قيمة التأمين، وإذا كان المؤمن له هو صاحب الحق في قيمة التأمين كان هو المستفيد".

بينما ذهب المشرع السوداني تعريف عقد التأمين في المادة (475) بالنص على "التأمين عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي أشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو ايراداً مرتباً أو أي مقابل مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها المؤمن له للمؤمن"[1].

من خلال التعريفات السابقة سواءً أكانت في الفقه أم في التشريعات، فإننا نميل إلى تعريف الفقيه الفرنسي "هيمار" أنه يركز على الجانبين الأساسين في التأمين وهما الجانب القانوني والجانب الفني، فإذا نظرنا إلى هذا التعريف نجد أنه في مجال التأمين يركز على الخطر المؤمن منه، ويركز على طرفي العقد وهما المؤمن والمؤمن له، وأيضاً على القسط الذي يتعهد بدفعه المؤمن له مع بيان المبلغ الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له عند وقوع الخطر، وأما في الجانب الفني فإنه يركز في تجميع المخاطر وإجراء المقاصة بينها الاستعانة بقوانين الاحصاء، فالمؤمن يقوم بتوزيع الخسارة على المؤمن لهم وفقاً لأسس فنية، وعن طريق هذه الأسس يمكن أن يوفي بالتزاماته، بل ويحقق الربح في النهاية.

(1) تعريف عقد التأمين في القانون المدني المصري المادة (747).

الفرع الثاني
خصائص عقد التأمين

يتسم عقد التأمين بعدة خصائص تعكس ذاتيته الخاصة، ويمكن أجمالها في ثماني خصائص وعلى النحو الأتي:

أولاً: عقد التأمين عقد رضائي

لم يقم المشرع باعتبار عقد التأمين من ضمن العقود الشكلية التي يلزم لانعقادها توافر شكل معين، بل إعتبره من ضمن العقود الرضائية التي تعتبر منعقدة بمجرد إتفاق كلا الطرفين، وصدور الايجاب والقبول منهما، وأيضاً قام المشرع بعدم إشتراطه كتابة هذا العقد حتى ينعقد، مع أن الكتابة ضرورية لاثبات ذلك، كذلك لم يعتبر عقد التأمين عقداً عينياً، بحيث يشترط فيها دفع القسط الأول لقيام العقد ونفاذه(1).

وأحياناً قد يكون عقد التأمين في أحوال معينة عقداً إجبارياً، كالتأمين من المسؤولية الناشئة عن انهدام البناء أو عن حوادث السيارات، ومع ذلك فإنه ليس من شأنه أن ينزع عن عقد التأمين طابعه الرضائي، بسبب أن مبدأ إجبارية التأمين يسري فقط قبل أن يتم إبرام العقد، أما عندما يبرم العقد فإنه يشترط التراضي من كلا الطرفين حتى ينعقد هذا العقد(2).

ثانياً: عقد التأمين عقد إذعان

يعد عقد التأمين من العقود التي يفرض فيها الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف، فالمؤمن له هنا لا يكون أمامه إلا أن يقبل بالشروط التي وضعها المؤمن في عقد التأمين، دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها مهما كان السبب،

---

(1) د. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الثالث، عقد التأمين، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 10.

(2) د. أحمد شرف الدين، أحكام التأمين، دراسة في القانون والقضاء المقارنين، الطبعة الثالثة، نادي القضاء، القاهرة، 1991، ص71.

وبناءً على هذا فإنه يمكن القول أن عقد التأمين يعد عقداً من عقود الاذعان بالنسبة للمؤمن له.

وهذا المركز القوي الذي يحتله المؤمن يدل على عدم المساواة القانونية بين الأطراف في عقد التأمين، والتي قد يستعملها المؤمن بفرض شروط تعسفية اضطرارياً بالمؤمن له إزاء ذلك يتعين إيجاد وسائل قانونية كفيلة بحماية المؤمن لهم[1].

وبسبب هذا كان لابد من توفير الحماية للمؤمن لهم في مواجهة شركات التأمين، وتكون تلك الحماية في عدة اتجاهات: الاتجاه الأول: فرض رقابة دقيقة على تكوين وادارة شركات التأمين، بحيث تكفل حقوق المؤمنين لديها. والاتجاه الثاني: تدخل المشرع في تنظيم عقد التأمين بالكثير من القواعد الآمرة التي تعرض عدم المساواة الاقتصادية بين الطرفين، أي تكفل حقوق المؤمن لهم وتمنع الاضرار بهم، وذلك كوضع تعريفة موحدة لاقساط بعض أنواع التأمين الاجباري[2]، وإلى جانب ذلك فإن القاضي يستطيع أن يستعمل سلطته التي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة (167-2) بأنه "إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ثالثاً: عقد التأمين عقد معاوضة

من خصائص عقد التأمين أيضاً أنه من عقود المعاوضة، وذلك لأن كل طرف في هذا العقد يأخذ مقابل ما يعطي، فالمؤمن له يدفع القسط للمؤمن مقابل تحمل المؤمن تبعية الخطر، وتعهده بدفع مبلغ التأمين في حالة تحقق الخطر المؤمن عليه[3].

(1) د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 72.
(2) تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري.
(3) د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 86.

ولا يغير كون عقد التأمين عقد معاوضة عدم تحقق الخطر، فإذا دفع المؤمن له أقساط التأمين لمواجهة خطر معين، ثم لم يتحقق ذلك الخطر حتى نهاية مدة العقد، فإن عقد التأمين يظل عقد معاوضة ولا ينقلب إلى عقد تبرع، فالأقساط في الحقيقة ليست مقابل تحمل المؤمن للخطر فعلاً، وإنما هي مقابل نقل عبء الخطر لو تحقق على عاتق المؤمن، فهي ثمن الامان للمؤمن له، ويضاف إلى ذلك إنعدام نية التبرع في عقد التأمين[1].

رابعاً: عقد التأمين من عقود حسن النية

يعد عقد التأمين من عقود حسن النية، مثله مثل سائر العقود وذلك وفقاً للمادة (150-1) من القانون المدني العراقي التي تنص على ما يأتي "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"[2] ويخضع تنفيذ عقد التأمين لتلك القاعدة العامة، وبالرغم من ذلك فإن عقد التأمين يتميز عن العقود الأخرى من حيث أن حسن النية يلعب دوراً في انعقاده وتنفيذه أكبر من الدور الذي يقوم به أي عقد آخر[3].

فعندما يتم انعقاد عقد التأمين فيجب على المؤمن أن يعتمد في تقرير قبوله على مدى صحة البيانات التي يصرح بها المؤمن له عن ماهية الخطر والظروف المحيطة به، وبسبب ذلك فعلى المؤمن له عند الإدلاء بالبيانات أن يتحرى بحسن النية، وأيضاً عند تنفيذ عقد التأمين فإنه يجب على المؤمن له أن يمتنع عن كل ما من شأنه زيادة الخطر

---

(1) د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد التأمين، الجزء الثالث، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952،ص 95، د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 246، د. محمود جمال الدين زكي، دروس في التأمين، الجزء الأول،بدون دار نشر، 1957، ص 54.

(2) تقابلها المادة (148) من القانون المدني المصري.

(3) د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 256، د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق ص 67، د. عبد الحي حجازي، المباديء العامة في التأمين، المطبعة العالمية، القاهرة، 1985، ص 128.

وأيضاً يجب عليه أن يخطر المؤمن بأي ظرف يمكن أن يؤدي إلى زيادة احتمال الخطر أو زيادة جسامته وأيضاً إذا كان بإمكان المؤمن أن يعمل على الحد من آثار الخطر إذا وقعت فعليه أن يعمل على ذلك[1].

وإذا تحقق الخطر فعلاً فعلى المؤمن له أن يعمل كل ما من شأنه أن يحد من الآثار المترتبة على حدوث الخطر، ونظراً لأهمية مبدأ حسن النية فإن البطلان يلحق عقد التأمين إذا قام وأدلى المؤمن له ببيانات غير صحيحة عن الخطر المؤمن منه، وكذلك يسقط حق المؤمن له في الحصول على مبلغ التأمين، وذلك إذا قام بعمل يتنافى مع مبدأ حسن النية، وأيضاً يسقط حق المؤمن له إذا قام وأمتنع عن عمل طالما أن هذا الامتناع يتفق مع مبدأ حسن النية[2].

خامساً: عقد التأمين ذو صفة مدنية أو تجارية

يكون عقد التأمين عملاً مدنياً تارة وعملاً تجارياً تارة أخرى، ولكن يلزمنا أن ننظر إلى كل طرف من طرفي العقد، فقد يعد عقد التأمين، عقداً مدنياً بالنسبة لأحد الأطراف، بينما يكون بالنسبة للطرف الآخر عقداً تجارياً.

فإذا نظرنا إلى الأطراف فإننا نجد أن عقد التأمين بالنسبة للمؤمن عمل تجاري، إذا كان تأميناً بأقساط محددة تقوم به شركات المساهمة التي تباشر أعمالها بقصد الربح، وبالعكس لا يعد عقد التأمين الذي تقوم به هيئات التأمين التعاوني عملاً تجارياً بالنسبة إليها، لأنها لا تبغي من ورائه تحقيق الربح. أما بالنسبة للمؤمن له فلا يعتبر التأمين بالنسبة له عملاً تجارياً، بل يعد عملاً مدنياً وهذا هو الأصل، ولكن إذا كان المؤمن له تاجراً وكان التأمين متصلاً بتجارته، فإن العقد يعد عملاً تجارياً، لأننا نطبق نظرية التبعية

(1) د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 80.

(2) د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 179، د. محمد عرفه، المرجع السابق، ص 102.

في هذه الحالة، وإذا قام تاجر بالتأمين على البضاعة التي يتاجر فيها ضد السرقة أو الحريق، فإن التأمين يعد عملاً تجارياً[1].

سادساً: عقد التأمين عقد ملزم للجانبين

تتضح الصفة التبادلية لعقد التأمين من التعريف الذي أورده القانون المدني العراقي في المادة (983) لعقد التأمين الذي يبين أن ذلك العقد ينتج التزامات متقابلة على عاتق كل من المؤمن والمؤمن له. فهو يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر المؤمن منه، وذلك مقابل التزام المؤمن له وهو دفع الأقساط في المواعيد المحددة، ونلاحظ على هذا أن التزان المؤمن هنا التزام احتمالي وغير مؤكد الحدوث، فالحادث المؤمن عليه قد يقع وقد لا يقع ومع ذلك فإنه لا يعني أن عقد التأمين يكون ملزم لطرف واحد فقط وهو المؤمن له، وذلك بسبب أن الصفة الاحتمالية لعقد التأمين لا تعمل على جعله عقد ملزم لجانب واحد فقط، فالتزام كل طرف من أطراف العقد يكون سبب الالتزام الطرف الآخر[2].

يظن البعض أنه في حالة عدم تحقق الخطر، فإن عقد التأمين لا يلزم المؤمن بشيء، غير أن هذا الظن غير صحيح، لإن هذا الفرض ليس موجوداً في جميع أنواع عقود التأمين.ففي التأمين على الحياة لحال الوفاة، فإنه يكون التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين التزاماً مؤكداً، لأنه معلق على حادث محققة الوقوع مستقبلاً وهي الوفاة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى إن الحالات التي يكون فيه الخطر غير محقق الوقوع فإن وجوب تحقق الخطر لا يعتبر شرطاً لنشوء التزام المؤمن بل شرطاً لتنفيذه وهذا يبين الفرق بين الإنشاء والتنفيذ[3].

(1) د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 74.
(2) د. عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 75.
(3) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1139.

ورغم ذلك فقد شكك البعض في الصفة التبادلية لعقد التأمين، حيث ذهبوا إلى أنه بما أن المؤمن لا يدفع للمؤمن له مبلغ التأمين إلا إذا تحقق الخطر، فهذا معناه أن التزام المؤمن لا يكون محققاً أو منجزاً وإنما هو معلق على شرط وهو تحقق الحادث المؤمن عليه، ولما كان الحادث غير محقق الوقوع فإنه في الحالات التي لن يتحقق فيها الخطر لا يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين، وبالتالي لا يكون عقد التأمين في هذه الحالات ملزماً للمؤمن، وقد ذهب بعض الشراح إلى أن هذه الحالات إذا لم يتحقق فيها الخطر فإنه يكون للمؤمن له الحق في استرداد ما دفعه من أقساط[1].

ولكن هذا الرأي الذي يشكك في الصفة الإلزامية التبادلية لعقد التأمين مردود عليه من عدة نواحي، الناحية الأولى: هناك نوع أساسي من أنواع التأمين وهو التأمين على الحياة لا يمكن القول بأن التزام المؤمن فيه معلق على شرط وأنه قد لا يدفع مبلغ التأمين في بعض الحالات، وذلك لأنه سبق أن رأينا أن الخطر المؤمن عليه في عقود التأمين على الحياة، يكون حادثاً مستقبلاً ومحقق الوقوع وإن كان هذا الوقوع غير محقق التاريخ ولذلك فإن المؤمن يدفع مبلغ التأمين في جميع الحالات عاجلاً أم آجلاً حسب تاريخ الوفاة.

أما الناحية الثانية فإن القول يتعلق بالتزام المؤمن له هو الآخر على تحقق الخطر، بحيث يكون له الحق في أن يسترد ما دفعه من أقساط عند عدم تحقق الخطر، وهذا يتعارض في رأينا مع الفكرة الأساسية من التأمين ومع قصد المتعاقدين ويستحيل معه تطبيق مبدأ التعاون أو التبادل بين المؤمن لهم وأجراء المقاصة بين المخاطر المختلفة، ومن ناحية ثالثة إن الشرط الذي قيل بوجوده- وهو تحقق الخطر-فهذا ليس في حقيقة الأمر شرطاً لنشأة التزام المؤمن بل هو شرط لتنفيذ التزام هذا المؤمن، أي أن التزام المؤمن بتغطية خطر معين ينشأ بمجرد إبرام عقد التأمين وهو موجود سواء تحقق الخطر أم لم يتحقق، وإذا تحقق الخطر فإنه يجب دفع مبلغ التأمين، وفي حالة عدم تحقق الخطر فإنه لا

(1) د. محمد عرفه، المرجع السابق، ص 94.

يؤثر على وجود التزامه، ولا يجوز للمؤمن له أن يسترد الأقساط، وذلك لإنها تكون مقابل التزام المؤمن بتحمل عبء الخطر وإعطاء الأمان والطمأنينة للمؤمن له طوال فترة سريان العقد[1].

سابعاً: عقد التأمين عقد احتمالي

حرص المشرع المصري على أن يضع عقد التأمين ضمن عقود الغرر الواردة في القانون المدني، ويقصد بعقود الغرر تلك العقود التي لا يستطيع كلا المتعاقدين أو أحدهما أن يعرف لحظة إبرام العقد مدى ما سيدفع ومدى ما سيحصل عليه من العقد، وإنما يتحدد مدى الكسب أو الخسارة في المستقبل عند تحقق أمر معين غير معروف لحظة حصوله أو غير محقق في حد ذاته[2].

ورغم ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى نفي الصفة الاحتمالية عن عقد التأمين، وذلك على أساس أنه لا يعتبر عقد احتمالي لا بالنسبة للمؤمن ولا بالنسبة للمؤمن له، بسبب أن المؤمن يجمع الأقساط من المؤمن لهم ثم يقوم بإعادة توزيعها عند وقوع الكارثة المؤمن عليها، بعد أن يخصم منها مصروفات الإدارة، والمؤمن يعتمد في ذلك على قوانين وعوامل الإحصاء من أجل تحديد وبيان نسبة تحقق المخاطر ومقدار ما تسببه من خسائر، وعلى ضوء هذه النتائج يقوم بتحديد السعر المناسب للقسط الذي يغطيها وبذلك يستبعد أي احتمال للخسارة، ومن هذا يتبين أن عقد التأمين عقداً احتمالياً بالنسبة للمؤمن له فقط، وذلك لأنه يحقق الكسب وقد تلحقه الخسارة من وراء هذا العقد[3]، وقد ذهب بعض أنصار هذه الفكرة إلى أن عقد التأمين ليس عقداً احتمالياً

(1) د. حسام الدين الاهواني، المباديء العامة للتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 109.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1076.

(3) د. نزيه الصادق المهدي، عقد التأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 29.

أيضاً بالنسبة للمؤمن له وذلك على أساس أن غرضه الحقيقي من إبرام العقد ليس بقصد المضاربة أو تحقيق الربح أو احتمال الكسب(1).

ولكن يرد على هذا الرأي بأنه يجب التمييز بدقة بين عقد التأمين من الناحية القانونية كعقد من العقود الملزمة للجانبين، وبين عملية التأمين من الناحية الفنية أو الاقتصادية وذلك على النحو التالي:-

فالتأمين من الناحية القانونية يعتبر عقد احتمالي، ففي العلاقة بين المؤمن والمؤمن له يوجد عنصر الاحتمال بمعنى احتمال الكسب والخسارة للطرفين، فإذا كان الخطر غير محقق الوقوع مثل خطر الحريق فقد يدفع المؤمن له الأقساط طوال مدة العقد ولا يتحقق الخطر فلا يلزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له، ولكن العكس فإذا تحقق الخطر فإن المؤمن يدفع مبلغاً لا يتناسب مع ما دفعه المؤمن له من أقساط أي يخسر المؤمن ويكسب المؤمن له، فالحظ أو القدر يلعب دوراً في تحديد الكسب أو الخسارة في العقد(2).

أما من الناحية الفنية فالوضع مختلف، فالتأمين يستهدف تفادي أو تنظيم ما يخبئ القدر للإنسان، فالنسبة للمؤمن له فهو يستهدف تفادي الاحتمال، أي تفادي آثار الخطر أما بالنسبة للمؤمن فإن التنظيم العملي لعملية التأمين يبعدها عن الاحتمال، فالمؤمن يعرف طبقاً للقانون نسبة الكوارث وقيمة الأقساط ويجرب مقاصة بين المخاطر، ويجري ذلك طبقاً لقواعد علم الإحصاء على أسس علمية محسوبة بدقة، وعلى هذا لا يتحكم في مجال التأمين من الناحية الفنية عنصر الصدفة(3).

(1) د. نزيه الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 29.
(2) د. حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص 109.
(3) د. عبد الحي حجازي، مباديء العامة في التأمين، بدون دار نشر، القاهرة، 1958، ص 140.

ثامناً: عقد التأمين عقد زمني

يعرف عقد التأمين بأنه من العقود الزمنية، والعقود الزمنية هي تلك العقود التي يكون الزمن عنصراً ضرورياً فيها، بحيث يكون الزمن هو المقياس الذي يقدر به محل العقد[1].

وعقد التأمين من عقود المدة، وذلك بسبب أنه ينشئ التزامات مستمرة بقدر فترات التنفيذ على عاتق المؤمن والمؤمن له، وإذا كان عقد التأمين يعتمد في تنفيذه على المدة، فإن مقدار محله يتجزأ أيضاً على الزمن ذلك أن الزمن يتحقق شيئاً فشيئاً على سبيل التعاقد[2].

وإذا نظرنا إلى المؤمن، فأننا نلاحظ أن عقد التأمين بالنسبة له عقد مستمر من بدايته إلى نهايته، فهو لا يستطيع أن يقوم بتنفيذه في مدة أقل من المدة المتفق عليها بل إنه يضمن الخطر المؤمن منه طوال فترة التأمين، وذلك بسبب أنه يوفر للمؤمن له الأمان والطمأنينة طوال فترة التأمين[3].

والأصل أن يكون عقد التأمين عقد مستمر بالنسبة للمؤمن له أيضاً، وذلك بسبب أنه يلتزم بدفع القسط في فترات دورية تقابل الفترات التي يلتزم المؤمن بالضمان[4]، ومع ذلك فإن التزام المؤمن له قد يكون التزاماً غير مستمر بطبيعته، وذلك من خلال قيام المؤمن له بدفع القسط دفعة واحدة فلا يمتد التزام المؤمن له مع الزمن، وإذا امتدّ التزام المؤمن له مع الزمن، فذلك من أجل الضرورة القانونية حتى يمكن تحقيق المساواة بين الأطراف على الوجه الصحيح[5]، ومع ذلك يرى البعض أنه في حالة دفع

---

(1) د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، سنة 1968، ف 42، ص 74.
(2) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ف 559، ص 1141.
(3) د. عبد الحي حجازي، مبادئ العامة في التأمين، سنة 1958، ص 140.
(4) د. محمد علي عرفه، المرجع السابق، ص 196.
(5) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 140، 141.

القسط دفعة واحدة، فإنه يبقى العقد مستمراً بالنسبة للمؤمن له وذلك بسبب تقدير أداء المؤمن له في هذه الحالة، ويعتمد فيه على الزمن المتعاقد عليه[1].

وعلاوة على ذلك فإن المؤمن له يلتزم حتى في حالة دفع القسط دفعة واحدة، بأن يبقى على الخطر بالحالة التي كان عليه وقت انعقاد العقد، بمعنى أنه يجب على المؤمن له أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الخطر والالتزام بالامتناع وهو التزام مستمر بطبيعته[2].

ونرى أن هذه الحجة غير مقنعة، فمن ناحية أولى: إذا كان صحيحاً أن تقدير قيمة القسط يراعي فيه التأمين فليس من شأنه أن يجعل التزام المؤمن له التزاماً مستمر التنفيذ، بالفرض أنه نفذ دفعة واحدة، ومن ناحية ثانية فإنه يلتزم لتكييف عقد معين بأنه عقد زمني أن تكون الالتزامات الرئيسية منها التزامات مستمرة.

وعلى كل حال فإنه لاعتبار عقد التأمين عقد مستمراً أن تكون الالتزامات المقابلة للأطراف التزامات مستمرة، فيكفي لذلك أن يكون التزام المؤمن التزاماً مستمراً[3].

ويترتب على اعتبار عقد التأمين من العقود المستمرة عدة نتائج:-

1. أنه إذا تخلف أحد الأطراف المتعاقدين عن تنفيذ التزامه أثناء فترة سريان العقد، فإنه يترتب على ذلك الحكم بالفسخ لهذا العقد وذلك بسبب عدم تنفيذ الالتزام، ويترتب على ذلك أن هذا الفسخ ليس له أثر رجعي وأنه لا يؤثر على الأعمال التي حصلت في الماضي أثناء سريان العقد من كلا الطرفين فهذه الأعمال تبقى صحيحة،

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ف 579، ص 1141.
(2) د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 149.
(3) د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 146.
د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 109.

وبالتالي فإن المؤمن يبقى محتفظاً بالأقساط التي تقاضاها من المؤمن له، وذلك بسبب أنه تحمل مقابلها عبء الخطر في المدة السابقة على الحكم بالفسخ[1].

2. أنه إذا استحال تنفيذ التزام أحد الأطراف في عقد التأمين بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، كما إذا هلك الشيء المؤمن عليه من السرقة أو بفعل الحريق، فإن عقد التأمين ينتهي بقوة القانون وتسقط التزامات أطرافه من وقت الاستحالة فقط، وذلك أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام أحد الأطراف بسبب استحالة تنفيذه انقض معه التزام المؤمن بتحمل تبعة الخطر والتزام المؤمن له بدفع الأقساط يسقط أيضاً من لحظة انفساخ العقد[2].

وتطبيقاً لذلك فقد حكمت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن أعتبار عقد التأمين من العقود المستمرة يؤدي إلى أن يغطي هذا العقد الأضرار التي يحتمل أن تصيب المؤمن له خلال مدة معينة يتحمل فيه المؤمن تبعة هذه الأضرار مقابل جعل التأمين الذي يتقاضاه من المؤمن له، سواء في ذلك اتفق على أن يلتزم المؤمن بسداد هذا الجعل دفعة واحدة أو على أقساط تدفع على فترات محددة خلال مدة التأمين، فإن ذلك يؤدي إلى أن عقد التأمين وإن كان الزمن عنصراً جوهرياً فيه، لإنه يلزم المؤمن لمدة معينة، إلا أن عقد التأمين محدد المدة، فإذا فسخ أو أنفسخ قبل انتهاء مدته لا يتحمل إلا من وقت الفسخ أو الإنفساخ ويبقى ما نفذ منه قبل ذلك قائماً[3].

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1411.
د. محمد علي عرفه، المرجع السابق، ص 96.
د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 113.

(2) د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص 113.
د. محمد عرفه، المرجع السابق، ص 69.

(3) محكمة النقض المصرية في 23/6/1970، مجموعة أحكام النقض، س 16، ص 736.

المطلب الثاني
ضمان المؤمن للأضرار التي تلحق بالبناء

يقصد بالبناء جميع المنشآت الثابتة التي تقام بفعل الإنسان وتتصل بالأرض اتصال قرار[1]. فهو يشمل كل ما هو ثابت بحيزه ولا يمكن نقله دون اتلاف، كالمنازل والمستشفيات والمدارس والعمارات والمصانع، أي كل المباني بصرف النظر عن الغرض المخصص له أو المكان الموجود به أو الشكل الذي تتخذه [2].

ولذلك فإن كل ما يمكن نقله من مكان دون اتلاف لا يدخل في معنى البناء من حيث خضوعه للضمان كالاكشاك والجملونات القابلة للفك[3]. في حين يدخل في مفهوم البناء المنشآت الثابتة الأخرى الجسور والسدود والقناطر والسكك الحديد والأنفاق والمجاري والخزانات[4].

اشترط قانون البناء المصري[5] لخضوع أعمال البناء بالمفهوم المتقدم، للتأمين الإجباري أن تبلغ قيمته مليون جنيه مصري فأكثر، فضلاً عن خضوع المبنى للتأمين الإجباري أن يكون مكوناً من أربعة طوابق فأكثر.

---

(1) د. عبد الناصر توفيق العطار، تشريعات تنظيم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، القاهرة، 1972، بند 3، ص8.

(2) د. محمد حسني منصور، أحكام التأمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، بدون سنة نشر، ص39.

(3) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص125، د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين مع دراسة فقهية تطبيقية للتشريعات المعاصرة في التأمين الإجباري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص93.

(4) د. سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص42.

(5) المادة (46) من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008.

مما لا شك فيه أن تحديد المشرع قيمة المبنى الخاضع للتأمين بمبلغ معين أو تحديد عدد الطوابق لأربعة فأكثر يتنافى مع الغاية التي يسعى إليها المشرع من تقرير التأمين الإجباري من المسؤولية، وهي حماية المضرورين من التهدم الكلي أو الجزئي الذي يلحق المباني والمنشآت. أو مما قد يوجد بها من عيوب تهدد متانتها وسلامتها[1] بضمان حصولهم على التعويض وحماية المسؤولين بمساعدتهم من خلال التأمين على مواجهة عبء المسؤولية الذي قد يثقل كآهلهم بتعويض أضراراً كبيرة قد يعجزون عن تعويضها[2].

وتغطي وثيقة التأمين المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث بالمباني والمنشآت من تهدم كلي أو جزئي وذلك بالنسبة لما يأتي:

1- مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة التنفيذ باستثناء عمالهم.
2- مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة الضمان المنصوص عليها في المادة 651 من القانون المدني[3].

من نص الفقرة الثانية والتي تقضي بأن وثيقة التامين تغطي مسؤولية المهندس والمقاول أثناء مدة الضمان المنصوص عليها في المادة 651[4] من القانون المدني المصري، أي مدة الضمان العشري، وهو ضمان يغطي جميع الأضرار الناشئة عن التهدم الكلي أو

---

(1) د. عبد الودود يحيى، مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها، مجلة مصر المعاصرة، السنة السبعون، العدد 376، إبريل، 1979، ص121.

(2) د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين، المرجع السابق، ص98، د. محمد حسين منصور، أحكام التأمين، المرجع السابق، ص255.

(3) المادة (46) من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008.

(4) تقابلها المادة (870) من القانون المدني العراقي والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

الجزئي، لما شيده المهندس والمقاول من مبان أو أقاموه من منشآت ثانية أخرى، حتى لو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة. فضلاً عما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها متانة البناء وسلامته.

مما سبق ذكره ويلاحظ أن المشرع المصري لم يشترط نص المادة 651 من القانون المدني حد أدنى لقيمة البناء، لأعمال قواعد المسؤولية العشرية للمهندس والمقاول، تلك المسؤولية التي تغطيها وثيقة التأمين المنصوص عليها في المادة (46) من قانون البناء، الأمر الذي يجعل اشتراط حد أدنى لقيمة المبنى الخاضع للتأمين أمراً غير مبرر. فضلاً عن ذلك فإن العيوب التي من شأنها أن تجعل المبنى غير صالح للغرض الذي شيد من أجله، فلا يشملها الضمان العشري، ومن ثم التأمين الإجباري من المسؤولية[1].

المطلب الثالث
مدى ضمان المؤمن بالنسبة للمسؤولية

طبقاً لنص المادة 46 من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 فإن وثيقة التامين الإجباري "تغطي المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث بالمباني والمنشآت من تهدم كلي أو جزئي وذلك بالنسبة لما يأتي:

1- مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة التنفيذ باستثناء عمالهم.

2- مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة الضمان المنصوص عليها في المادة 651 من القانون المدني...".

لذلك سنتناول هذا المطلب في فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول أثناء مدة التنفيذ.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول أثناء مدة الضمان العشري.

---

(1) المادة (870) من القانون المدني العراقي والمادة (651) من القانون المدني المصري، والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

الفرع الأول

المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول أثناء مدة التنفيذ

تجد مسؤولية المهندس والمقاول أثناء مدة التنفيذ أساسها في المادة 177/ 1 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "حارس البناء ولو لم يكن مالكه، مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر، ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه"[1].

ومما لاشك فيه أن مسؤولية المهندس أو المقاول في مدة التنفيذ تعد مسؤولية مفترضة باعتبار أن كلاً منها حارساً للبناء خلال هذه المدة[2]، متى استوفت شرائطها. وهي تولى شخص حراسة بناء، أي تكون له السيطرة الفعلية، وهي تكون لكل من المهندس والمقاول بحكم مهنته، فضلاً عن اشتراط أن يكون الضرر الذي يلحق الغير سببه انهدام هذا البناء انهداماً كليا أو جزئياً قبل التسليم، وتنعقد مسؤولية كلاً من المهندس والمقاول بمجرد حدوث الضرر دون حاجة إلى إثبات خطأ المهندس أو المقاول باعتباره حارساً للبناء[3].

---

(1) تقابلها المادة 229 من القانون المدني العراقي، إلا أن قانون المعاملات المدنية السوداني جاء نص المادة 148 منه عن المسؤولية الناشئة عن الأشياء سواء كان جماداً أو منقولاً أو عقاراً، أي أنه أجمل القواعد التي تحكم المسؤولية عن فصل الأشياء وأن تعددت صورها سواء كانت مسؤولية حارس الحيوان، وحارس البناء، وحارس الأشياء (الآلات)، إذ تقوم هذه المسؤولية على مبدأ واحد هو مبدأ الحراسة، أي أن القانون السوداني لم يحدد المسؤولية عن تهدم البناء لذلك تطبق القواعد العامة للمسؤولية.

(2) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، بند 123، د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين مع دراسة فقهية للتشريعات المعاصرة في التأمين الإجباري، المرجع السابق، ص102، د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص441.

(3) د. بدرية عبد المنعم حسونه، شرح أحكام المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني السوداني لسنة 1984، المكتبة القانونية القضائية، الخرطوم، 2011، ص 87.

ولا يستطيع أياً منهما التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي إثبات أن التهدم الكلي أو الجزئي لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه.

مما سبق ذكره يظهر أن المسؤولية المفترضة التي تترتب على المهندس أو المقاول أثناء تنفيذ الأعمال تجاه الغير الناشئة عن تهدم البناء كلياً أو جزئياً، لا تقوم إلا إذا حدث انهيار في الأجزاء الثابتة للبناء أو العناصر التي لا تنفصل عنه، ولذلك فإن الأضرار التي تصيب الغير، ولا يكون سببها التهدم الكلي أو الجزئي للبناء فلا يغطيها التأمين الإجباري من المسؤولية[1].

ويبرر الفقه[2] قصر المشرع نطاق التأمين الإجباري على الأضرار الناتجة عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء دون غيرها من الأضرار، بضخامة التعويضات التي تثقل كاهل المسؤول الذي لا يستطيع الوفاء بها إلا من خلال إبرام عقد تأمين إجباري يغطي المسؤولية في هذه الحالة.

ويرى غالبية الفقه المصري أن السيطرة الفعلية على البناء في خلال مدة تنفيذ الأعمال لا تثبت إلا للمقاول باعتباره حارساً، ومن ثم هو الذي يلتزم بالمحافظة على البناء وصيانته وحماية الغير من مخاطر انهدامه[3]. أما المهندس فيكون للغير الرجوع عليه،

(1) د. جمال عبد الرحمن محمد علي، التزام المؤمن بالضمان في التأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص66.

(2) د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين مع دراسة فقهية تطبيقية للتشريعات المعاصرة في التأمين الإجباري، المرجع السابق، ص103.

(3) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، بند 123، ص532، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، بند 195، ص235، د. سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، المرجع السابق، ص85.

بمقتضى قواعد المسؤولية عن الخطأ الشخصي الواجب الإثبات وفقاً للمادة 163 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض[1].

وبالنظر إلى موقف المشرع المصري فيما يتعلق بالأشخاص الملتزمين بالتأمين فإننا نجد أنه قد قصر ذلك طبقاً للمادة 46 من قانون البناء على المهندس والمقاول، وأن كنا نرى أن عمومية لفظ المهندس من المشرع دون اشتراط أن يكون المهندس معمارياً هو أمر مقصود ذاته، إذ يجب تفسير عبارة المهندس بمعناها الواسع، بحيث تشمل كل من يقوم بعمل من أعمال التشييد، سواء كان مهندساً معمارياً أو إنشائياً أو مشرفاً على التنفيذ أو مهندساً كهربائياً أو ميكانيكياً، ونقصد بذلك كل من يمكن أن تنعقد مسؤوليته المدنية استقلالاً في حالة تهدم البناء كلياً أو جزئياً[2]، فضلاً عن المقاول والقول بغير ذلك فيه تضييق غير مبرر لنطاق التأمين الإجباري من مسؤولية المهندسين والمقاولين[3].

---

(1) تقابلها المادة (204) من القانون المدني العراقي، والمادة (138) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(2) د. نزيه محمد الصادق المهدي، عقد التأمين مع دراسة فقهية تطبيقية للتشريعات المعاصرة في التأمين الإجباري، المرجع السابق، ص88، د. محمد إبراهيم دسوقي، التأمين من المسؤولية، المرجع السابق، ص423، د. جمال عبد الرحمن محمد علي، التزام المؤمن بالضمان في التأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص114.

(3) بعكس الحال بالنسبة لنص المادة 651 من القانون المدني المصري تقابلها المادة 870 من القانون المدني العراقي، والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني، إذ يرى الفقه أن رب العمل لن يستطيع الرجوع على غير المهندس المعماري بالضمان العشري طبقاً لنص المواد السابقة باعتبار أن هذه النصوص قد افترضته مسؤولية المهندس المعماري عن عمل غيره من المهندسين الاستشاريين. د. نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص89.

الفرع الثاني

المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول أثناء مدة الضمان الشعري

تنص المادة 651[1] من القانون المدني المصري على أنه:

"1- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

2- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

3- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن.

وبالرجوع إلى نص المادة 46 من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 نجد أن الفقرة الثانية منها قد نصت على ما يأتي: "2. مسؤولية المهندس والمقاول أثناء فترة الضمان المنصوص عليها في المادة 651 من القانون المدني...".

ومن هذه النصوص يتضح لنا أن التأمين الإجباري من المسؤولية المعمارية يغطي المسؤولية العشرية للمهندس والمقاول عن الأضرار التي تقع بسبب ما يحدث للمباني والمنشآت الثابتة الأخرى من تهدم كلي أو جزئي للغير خلال مدة الضمان العشري تجاه رب العمل ولم يذكر صراحة أن وثيقة التأمين خلال مدة الضمان العشري تشمل أيضاً الغير، كذلك كان على المشرع النص على أن تغطي وثيقة التأمين الإجباري عن مسؤولية المهندس والمقاول أثناء مدة الضمان تجاه الغير والمالك على حد سواء.

---

(1) تقابلها المادة 870 من القانون المدني العراقي، والمادة 386 من قانون المعاملات المدنية السوداني.

على عكس من ذلك جاء المشرع في كل من العراق والسودان بنقل مسؤولية المالك تجاه الغير عن الضرر الناتج عن تهدم البناء باعتبار أن الحراسة قد انتقلت إليه بتسلمه المبنى.

فمن يوم أن يتسلم المالك البناء من المهندس والمقاول أصبح مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالغير من جراء تهدم البناء، وتستند هذه المسؤولية إلى نص المادة (229)[1] من القانون المدني العراقي التي تحدد مسؤولية حارس البناء، فصفة حارس البناء هي التي تحدد نطاق المسؤولية، سواء كانت الحراسة تحت يد المالك أو غيره كمهندس أو مقاول يقوم بإصلاح العقار أو صيانته أو حائز العقار أو حارس حراسة قضائية أو أي شخص انتقلت إليه الحراسة[2].

وفقاً لنص المادة 149 من قانون المعاملات المدنية السوداني التي نصت على '1- يعتبر حارساً للشيء من له بنفسه أو بواسطة غيره سلطة فعلية عليه في رقابته والتصرف في أمره لحسابه الخاص ولو كان غير مميز.

2. يفترض أن مالك الشيء هو حارسه ما لم يثبت أن الحراسة قد انتقلت إلى غيره...'.

وقد يتحقق الضرر نتيجة خطأ ثابت من المالك كما لو قام بهدم أساس في المبنى، أو قام بالتعلية بما لا يتحمله البناء فإنهار، هنا تنعقد على عاتقه المسؤولية التقصيرية. ولا تغطي الوثيقة التأمينية المسؤولية العقدية، بمعنى أنه لو أخل المالك بالتزامه التعاقدي أما الجزاء الجنائي: فقد رتب المشرع عقاباً بالحبس وأخر بالغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين[3].

(1) تقابلها المادة 177 من القانون المدني المصري والمادة 148 من قانون المعاملات المدنية السوداني.

(2) د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني العراقي - المسؤولية عن الأشياء، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2006، ص550 وما بعدها.

(3) المادة 103 من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 والتي تنص على ما يأتي: 'يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات أو الغرامة التي لا تقل عن مثلي قيمة الأعمال المخالفة ولا

وفي حالة عدم القيام بالصيانة أو عدم إجراء الترميمات اللازمة وحدث تهدم للعقار فلا تغطي الوثيقة مسؤولية المالك تجاه المستأجر[1].

وأن كانت تقوم مسؤولية مالك البناء، بصفته حارساً وإن كان الإنهدام بسبب راجع للغير كالمستأجر الذي يهمل إجراء الترميمات أو الصيانة اللازمة، فيتسبب بتسرب المياه في انهيار البناء، وأن كان له بعد ذلك حق الرجوع عليه بما تسبب فيه من ضرر. والمسؤولية قائمة بالنسبة له أيضاً حتى ولو كان ذلك مرجعها إلى المهندس والمقاول، وفي هذه الحالة تكون شركة التأمين "المؤمن" مؤدية للتعويض للمضرور وليس لها حق الرجوع على المهندس والمقاول لأنهما مستفيدان من وثيقة التأمين في مدة الضمان العشري [2].

وهذا الالتزام الذي تقوم به شركة التأمين "المؤمن" تجاه الغير، يتحقق بثبوت مسؤولية المؤمن لهم بحكم نهائي[3].

والمالك ملزم بسداد قسط التأمين عند إصدار الوثيقة على دفعة واحدة، إذ أنه لا يستطيع الحصول على ترخيص البناء أو البدء في التنفيذ إلا بعد أن يقدم وثيقة التأمين[4].

وقد رتب المشرع المصري جزاءً مدنياً وأخر جنائياً على عدم إبرام وثيقة التأمين الإجباري:

تجاوز ثلاثة أمثال هذه القيمة، كل من قام بإنشاء مبان أو إقامة أعمال أو توسيعها أو فعليتها أو تعديلها أو تدعيمها أو ترميمها أو هدمها بدون ترخيص من الجهة الإدارية المختصة...".

(1) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية المهندس الاستشاري والمقاول في مجال العقود المدنية وعقد تسليم مفتاح، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص162، وما بعدها.

(2) د. محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص445.

(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، ص289.

(4) د. سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين، المرجع السابق، ص289.

فالجزاء المدني: هو عدم الحصول على ترخيص البناء، فالمباني التي يقيمها أصحابها دون الحصول على ترخيص دون تغطية تأمينية يترتب على المالك فيها مسؤولية مدنية عن الأضرار التي تصيب الغير بسبب تهدم البناء، فهناك من يتهرب من الحصول على الترخيص عندما يخرج عن القواعد القانونية الملزمة، أما ببنائه على أرض زراعية، أو إقامة بناء على أرض لم يصدر بها قرار تقسيم، أو يتعدى على الأصول الهندسية[1].

المطلب الرابع

التأمين في عقود التشييد بحسب شروط عقد المقاولة

نصت المادة الحادية والعشرون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية على ما يأتي:

"1. على المقاول دون انتقاص من التزاماته ومسؤولياته بموجب المادة العشرين من هذه الشروط أن يؤمن على ماهو مذكور أدناه بأسم صاحب العمل وأسم المقاول معاً ضد جميع الخسائر أو الأضرار مهما كان سبب وقوعها عدا 'المخاطر المستثناة'[2] والتي يكون

(1) المرجع السابق، ص113.

(2) عندما تتضرر الاشغال أو المواد الداخلة في صلب الاشغال الدائمة أثناء فترة حماية المقاول للاشغال،ومهما كان سبب الاضرار أو الخسارة،فإن إصلاح تلك الاضرار يكون على حساب المقاول.

ولكن هناك مخاطر يتحملها صاحب العمل،وهذه المخاطر وردت في نص الفقرة الثانية من المادة العشرون–من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق والتي نصت على ما يأتي: 'تنحصر المخاطر المستثناة بما يأتي وضمن حدود جمهورية العراق: أ. الأعمال الحربية سواءً أعلنت الحرب أم لم تعلن وأعمال الغزو من عدو أجنبي أو التمرد أو الثورة أو العصيان أو الحرب الأهلية أو اغتصاب السلطة.

ب. حوادث الشغب أو الهياج أو الاخلال بالنظام عدا ما يحدث بين مستخدمي المقاول أو المقاول الثانوي (من الباطن).

ج. مخاطر الطاقة الذرية والاشعاعات النووية.

د. استعمال أو أشغال صاحب العمل لأي قسم من الأعمال الذي صدرت بشأنه شهادة استلام.

مسؤولاً عنها بموجب نصوص المقاولة بما يجعل حق صاحب العمل والمقاول مضموناً خلال مدة اكمال الأعمال ولحين اصدار شهادة الاستلام وأن يؤمن عن أي خسارة أو ضرر يقع خلال مدة الصيانة لسبب يعود إلى ما قبل بدء مدة الصيانة وكذلك عن أية خسارة أو ضرر يسببه المقاول أثناء العمليات التي يقوم بها لغرض الوفاء بالتزاماته بموجب المادتين الخمسين والحادية والخمسين من هذه الشروط:

أ. الأعمال بالقيمة الكاملة.

ب. معدات الانشاء والأشياء التي يجلبها المقاول إلى الموقع بالقيمة الكاملة.

2. على المقاول أن يؤمن بأسم صاحب العمل والمقاول معاً ضد اخطار النقل، التأمين البحري على المواد والمعدات التي تدخل في الأعمال من المنشأ وحتى وصولها الموقع بوثيقة جميع المخاطر بضمنها أخطار الحرب والاضراب والشغب والهياج.

3. يجب أن يتم التأمين المذكور في الفقرتين(2،1) من هذه المادة لدى شركة التأمين الوطنية في العراق بشروط يصادق عليها صاحب العمل وعلى المقاول أن يقدم للمهندس أو ممثل المهندس وثيقة أو وثائق التأمين ووصولات دفع أقساط التأمين".

بناءاً على ما سبق ذكره ظهر لنا أن التأمين المطلوب في نطاق أعمال المادة السابقة يشمل على قيمة الأعمال الكاملة بما فيها معدات الإنشاء والمواد الإنشائية الأخرى.

هـ. تصميم المهندس للاعمال وفق أحكام هذه الشروط.

وعندما تقع أية خسائر أو أضرار نتيجة للمخاطر التي يتحملها صاحب العمل،فإن المقاول يقوم بإصلاح تلك الاضرار متى طلب المهندس منه ذلك،ولكن مقابل تلك الأعمال فإن المقاول يستحق التعويض.

ويهدف التأمين على الأعمال بقيمتها الكاملة فضلاً عن شمول أية نفقات أضافية أو طارئة من أجل تغطية أية خسارة أو ضرر، ويشمل نطاق التأمين كذلك معدات المقاول، وأية من ممتلكاته داخل المشروع، التي يكون قد وردها للمشروع.

ولكن هذا النطاق من التأمين سوف يبقي مسؤولية المقاول قائمة بشأن حماية الاشغال،وإصلاح الضرر والخسارة التي تلحق الاشغال، أو تلك الناتجة عن المخاطر المتعلقة بصاحب العمل.

وتبدأ تلك المسؤولية اعتباراً من تاريخ المباشرة بالأعمال ولغاية تاريخ التسليم الأولي للأعمال،وبعدها تنتقل المسؤولية إلى صاحب العمل، غير أنه في حال بقاء أية أعمال لاصلاح العيوب أو صيانتها لأي جزء من الأعمال الإنشائية،تظل مسؤولية المقاول قائمة ويظهر من نص المادة الحادية والعشرون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق أنها تتطلب توافر بعض الشروط لكي يصار إلى اعتماد عقد التأمين بما يأتي:

1. أن يكون العقد المبرم بين المقاول وصاحب العمل وفق متطلبات وشروط عقد المقاولة.
2. أن يكون المقاول شخصياً هو الذي أبرم عقد التأمين لصالح خدمة متطلبات وشروط عقد المقاولة، مضافاً إليها صاحب العمل أي بأسم الاثنين معاً.
3. أن يتم تنظيم عقود التأمين لدى شركة التأمين الوطنية في العراق وبشروط يوافق عليها صاحب العمل.
4. يجب على المقاول أن يقدم للمهندس أو ممثل المهندس علاوة على صاحب العمل وباشعار خطي وثيقة أو وثائق التأمين ووصولات دفع أقساط[1] التأمين.

(1) يقوم التأمين على ثلاثة أركان تتضمن ما يأتي:
- الخطر المؤمن منه.
- القسط.

كما ويشمل التأمين كذلك المقاول ضد مسؤولياته، وفي هذا الصدد يغطي التأمين الخسائر والاضرار التي تحدث خلال فترة الصيانة، ولكن يشترط في ذلك أن تكون الخسارة أو الضرر الذي يمكن أن يكون ناتجاً عن أي سبب كان قبل ابتداء فترة الصيانة(1).

كذلك تغطية أية خسارة أو ضرر يتسبب به المقاول خلال أعمال التشييد التي يقوم بها للوفاء بالتزاماته، وهذه الالتزامات هي انجاز الأعمال المتبقية، واصلاح العيوب التي

- العوض المالي.

1. أما الخطر فيمكن تعريفه بأنه حادثة محتملة لا يتوقف تحققها على محض إرادة أحد الطرفين- وبخاصة إرادة المؤمن له.

ويشترط في الخطر ثلاثة شروط هي:

أ. أن يكون الحادث احتمالياً.

ب. الا يتوقف على محض إرادة أحد الطرفين.

ج. وأن يكون من المخاطر القابلة للتأمين.

2. القسط: هو المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن له مقابل التزام هذا المؤمن بتحمل الخطر المؤمن منه وتغطيته،والخطر هو الأساس الأول الذي يتحكم في تحديد سعر القسط،ويتكون القسط من عنصرين–القسط الصافي وعلاوات القسط ومجموع العنصرين يكون القسم الفعلي.

3. العوض المالي: هو الالتزام الذي يلتزم المؤمن القيام به عند تحقق الخطر المؤمن منه في عقد التأمين. ويتخذ عدة صور: التعويض النقدي– التعويض العيني– تعويض خدمي. فالتعويض الأول بالمال، أما الثاني فاصلاح الضرر أن أمكن، وأخيراً التعويض الخدمي فله صورتين: الأولى مباشرة إجراءات التقاضي،والثانية الدفاع أمام القضاء – المساعدة القضائية. نقلاً عن د.نزيه محمد الصادق المهدي،عقد التأمين،دار النهضة العربية، القاهرة،، 1982، ص 113-176.

(1) فترة الصيانة أو ما يسمى بفترة المسؤولية عن إصلاح العيوب هي تلك التي تحدد في ملحق المناقصة ابتداء من تاريخ شهادة تسلم الاشغال الصادرة عن المهندس،سواء كان الاستلام لكامل الأعمال أو جزء منها،على ان يكون انجاز هذه الأعمال يحقق الغاية الجوهرية من العمل المنجز دون أن يعني تسلم اشغال الموقع أو فقرات الأعمال الانشائية التي تم انجازها، وتعني كلمة الاشغال بالنسبة لفترة الصيانة الاشغال الدائمة. انظر المادة الخمسون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق.

يتحمل المقاول كلفتها والناشئة عن استعمال المواد أو المصنعية المخالفة لشروط العقد، أو وجود خطأ في تصميم أي جزء من الاشغال قام المقاول بتصميمه، أو إهمال أو تقصير المقاول في التنفيذ بالالتزامات المذكورة في العقد.

ويعد التزام المقاول بإتمام عقود التأمين المختلفة من أحد التزاماته الرئيسة الواجبة التنفيذ، ويملك صاحب العمل بما له من سلطات بموجب عقد المقاولة أن يجري عقود التأمين عندما يتخلف المقاول عن إجراءها[1]. وله في هذه الحالة أن يقوم بحسم جميع المبالغ التي دفعها لهذه الغاية من المبالغ التي أستحقت أو تستحق للمقاول من وقت لآخر.

يفرض عقد التأمين شروطاً على المقاول وعلى صاحب العمل، ويجب على كل منهما أن يتقيد بتلك الشروط، فإذا قصر أي منهما في ذلك، فإنه يتعين على كل منهما تعويض الآخر عن الخسارة أو الاضرار التي تنجم عن أي تقصير[2].

ويظهر مما سبق ذكره يتحقق الخطر المؤمن ضده، وهو العنصر الرئيس في التأمين، فالتأمين يستهدف حماية المؤمن له من خطر معين يهدده، وهو في عقد التأمين الهندسي هذا انما يكون لحماية الاشغال والمواد والتجهيزات، والمسؤولية عن الشخص الثالث[3] فضلاً عن العمال والحوادث الأخرى.فإن القاعدة حسب عقد المقاولة أن يقوم المقاول بإصلاح تلك الاضرار وتقوم شركة التأمين بدفع مبالغ التأمين إلى صاحب العمل الذي يقوم بدوره بدفع أية مبالغ يستلمها للمقاول على دفعات حسبما يوصي ذلك المهندس.

---

(1) المادة الخامسة والعشرون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق.

(2) د. أشرف جابر سيد، مشكلات الحلول القانوني للمؤمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 71-72.

(3) المادة الثالثة والعشرون من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية في العراق.

المبحث الثاني
تطبيقات قضائية عن مسؤولية حوادث التشييد

نورد هنا بعض التطبيقات القضائية في المسؤولية الناتجة عن مخالفة مهندسي ومقاولي البناء والتشييد عن عدم مراعاتهم للأصول الفنية، وأهمية دور كل منهما في ظل أحكام القانون الجنائي، وطبيعة المسؤولية الجنائية التي تتميز بطابع خاص في المساواة بين العمد والخطأ،وصور الركن المادي لجرائم عدم مراعاة الأصول الفنية التي تتميز بالطابع الفني سواء أكان العيب راجعاً إلى التصميم أو التنفيذ أو الإشراف على التنفيذ أو الغش في مواد البناء، أو استخدام مواد غير مطابقة للمواصفات الهندسية الذي يتداخل مع القواعد القانونية، فإن تحققت إحدى هذه الصور ترتب على ذلك توقيع عقوبة الجناية.

وسنتناول بعض القضايا التي طرحت على القضاء في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: حالة دراسية من القضاء المصري.

المطلب الثاني: حالة دراسية من القضاء السوداني.

المطلب الأول
حالة دراسية من القضاء المصري

مسؤولية المقاول والمهندس عن خلل البناء مسؤولية عقدية حتى وإن لم ينص عليها في العقد. إذ تقول محكمة النقض المصرية[1] في حكم قديم لها أن مسؤولية المقاول والمهندس عن خلل البناء بعد تسليمه طبقاً للمادة (409)، تقابلها المادة (651) في القانون المدني الحالي لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار من جنحه أو شبه جنحة مدنية، ولا يمكن كذلك اعتبارها مسؤولية قانونية من نوع آخر

---

(1) محكمة النقض المصرية، 5/1/1939، مجموعة القواعد القانوني، 2 – 975 – 49، وكذلك نقض جنائي، 6/6/1966، مجموعة محكمة النقض، 17–2، 737، 136.

مستقلة بذاتها ومنفصلة عن المسؤولية العقدية المقررة بين المقاول وصاحب العمل على مقتضى عقد المقاولة، وإنما هي مسؤولية عقدية قررها القانون لكل عقد مقاولة على البناء سواء نص عليها في العقد أم لم ينص، كمسؤولية البائع عن العيوب الخفية فإنها ثابتة بنص القانون لكل عقد بيع على أساس أنها ما يترتب قانوناً على عقد البيع الصحيح". كما تقول محكمة النقض المصرية في حكم حديث[1].

"ضمان المهندس المعماري وللعيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين (651، 652)، من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر. فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس المعماري قبل رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، وأن إدعاء المهندس المعماري بعدم وجود رابطة عقدية بينه وبين صاحب العمل، وأن عمله اقتصر فقط على تقديم مشورة فنية تتعلق بتقديم حسابات التكاليف الإنشائية للخرسانة وقد تمت هذه الحسابات بناء على المعلومات التي قدمها له صاحب العمل والتي أعدت من قبل مهندس آخر تتعلق بالتربة والتي على ضوءها قام بإعداد التصاميم النهائية للمشروع، إلا أن المحكمة ردت ذلك وقد انتهت إلى المهندس المعماري مسؤول عن ضمان العيوب التي ظهرت في البناء باعتباره المهندس المعماري الذي قام بوضع التصاميم".

ثانياً: التزم المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة هي بقاء البناء سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليم الأعمال لصاحب العمل.

تقول محكمة النقض المصرية[2] "إن التزام المقاول هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيده سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وإن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بعدم تحقق تلك النتيجة، بدون حاجة لإثبات خطأ ما، وأن الضمان الذي يرجع إلى

(1) محكمة النقض الجنائي، 21/ 5 / 1975، مجموعة محكمة النقض 25/ 1/ 1048 – 199.
(2) محكمة النقض المصرية، 23/ 6/ 1965، مجموعة محكمة النقض 21/ 2/ 1068 – 171.

تنفيذ المقاول أعمال البناء يتحقق إذا ظهر وجود العيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تنكشف آثار العيب وتتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد انقضاء هذه المدة.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن صاحب العمل لا يعد مسؤولاً جنائياً عما يصيب الناس من الأضرار عند إقامة البناء بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة، إلا إذا كان العمل جارياً تحت ملاحظته وإشرافه الخاص، فإن عهد به كله أو بعضه إلى مقاول مختص يقوم بمثل هذا العمل عادة تحت مسؤوليته، فهو الذي يسأل عن نتائج خطأه، وفي الحكم المطعون فيه عهد صاحب العمل إلى مقاول أعمال الحديد، ومن ثم انتقلت المسؤولية إليه بوصفه حارساً، ورتب الحكم مسؤوليته على أن عملية نقل الحديد تمت على نحو تسبب عنه قتل المجني عليه[1].

وقضت محكمة تمييز العراق في حكم لها بما يأتي[2]:

"إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم بدون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم يدل على أن نطاق الضمان المقرر بنص المادة (870) ليس قاصراً على ما يصيب البناء من تهدم كلي أو جزئي بل أنه يشمل ما يلحق هذا البناء من عيوب أخرى تهدد مكافئته أو سلامته ولو لم تكن مؤدية في الحال إلى تهدمه، والأصل في المسؤولية عن هذا الضمان أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسؤولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء، وهي مسؤولية تقوم على خطأ مفترض في جانبهما، وترتفع هذه المسؤولية عنهما بإثبات قيامهما بالبناء وفق التصميم المعد لذلك والأصول الفنية المرعية

---

(1) نقض جنائي، 30/ 4/ 1963، س 4، ص 366، مشار إليه في د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، المرجع السابق، هامش ص 39.

(2) قرار محكمة تمييز العراق 1405 / حقوقية / 63، 7/ 12/ 1963، قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول، 1966، ص 84.

وأن العيب الذي أصاب البناء ناشئ عن خطأ غيرهما، ومن ثم إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء من دون أن تمتد إلى تنفيذه، فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحدة باعتبار أنه وحده الذي وقع منه الخطأ، وأن العيب الذي ظهر في البناء متمثلاً في هبوط وميل ملحوظ بالعين المجردة ناشئ عن خطأ في تصاميم أسس البناء والأعمدة الخرسانية وذلك نتيجة استخدام نوع الأعمدة الذي لا يتناسب وطبيعة التربة فضلاً عن ذلك عدم عمل فحوصات للتربة لمعرفة نوعها ومقدار تحملها، بدون إجراء أعمال اختبار التحميل أو مراعاة التصميم.

وهناك أسباب عديدة ومختلفة قد تؤدي لانهيار المباني بشكل جزئي أو كلي أو قد تؤدي إلى تقصير عمرها الافتراضي والتي تشمل على ما يأتي:

2- عدم أخذ الاحتياطات الفنية وإتباع المعايير الهندسية عند إعداد التصاميم والمخططات الفنية والتي تتضمن ما يأتي:

أ- إهمال إجراء الفحوصات المختبرية للتربة المطلوب تشييد المبنى عليها من خلال معرفة اجهادات التربة وقد نتج عن هذا الإهمال:

- معرفة طبيعة التربة وهل هي منطقة ردم أم أنقاض،أو منطقة آثار، إذ أن ذلك يتطلب إزالتها أو عمل إحلال مع دمك جيد للتربة التي يمكن أن ينشأ عليها المبنى.

ب- عدم مراعاة الظروف المحيطة بالمبنى مثل المياه الجوفية.

جـ- البناء في مناطق معرضة للانهيار دون آخذ وذلك بالاعتبار أثناء التصميم، قد يكون هناك مناطق قد تكون معرضة للهزات الأرضية إذ من المفترض أن يتم الأخذ في الاعتبار للزلازل عن تصميم المباني والمنشآت الأخرى إذ يتم حساب الجهد الذي يحدث نتيجة للزلازل طبقاً للكود الهندسي.

د- عدم دقة التصميم الإنشائي والإهمال في الأخذ بالمعايير الهندسية وعمل حسابات خاطئة للأعمال بأنواعها المختلفة.

2- عدم التقيد بالمواصفات الفنية والمخططات أثناء التنفيذ أو من خلال التنفيذ الخاطئ.

تحديد موقف القضاء المصري في المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأصول الفنية في أعمال التشييد.

فقد أتيحت للقضاء المصري مواجهة دعوى تحدث لأول مرة والمتعلقة عن مخالفة الشروط والمواصفات الفنية في أعمال التشييد.

وتتلخص وقائع الدعوى: إلى حادثة إنهيار عقار حديث البناء يتكون من هيكل خرساني وأربعة عشر طابقاً متكرراً في منطقة مصر الجديدة في القاهرة، ناتجاً عن زلزال إهتزت له مصر بتاريخ 14 أكتوبر 1992، وقد أدي الحادث إلي كارثة إذ دفن تحت أنقاضه 26 شخص وأصيب ثمانية آخرون، فضلاً عن الخسائر المادية المترتبة علي إتلاف المنقولات التي يحتويها. وقد أثار انهيار هذا العقار وحده دون غيره من الأبنية المجاورة الدهشة لذلك أصدر أمر الإحالة من النيابة العامة وقد قسم الإتهام على ثلاثة أقسام وكما يأتي:

- الاتهام الأول: وجه إلى صاحب العقار ومقاولو البناء بعدم مراعاة الأصول الفنية المطلوبة.
- الاتهام الثاني: وجه إلى المهندس المصمم والمنفذ والمشرف على التنفيذ، بتهمة الإهمال الجسيم.
- الاتهام الثالث: وجه هذا الاتهام إلى جميع المهتمين سواء أكانوا مقاولين أم مهندسين، أنهم تسببوا بأخطائهم وبإهمالهم بعدم مراعاة القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة التي تنظم أعمال البناء، وبإخلالهم إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليهم أصول المهنة لكل منهم.

وبضوء ما تقدم فقد أصدر محافظ القاهرة قراراً بتشكيل لجنة فنية من المتخصصين في الهندسة المعمارية والإنشائية للوقوف وإعطاء تقرير إستشاري فني عن سبب هذا الإنهيار المفاجئ.

وقد أسفر البحث الذي قامت به اللجنة الفنية عن نتائج مهمة أوضحت فيه أهم أسباب إنهيار العقار وهي كما يأتي:

1- التأكد من الفحوصات المختبرية التي أجريت على الموقع وأن ما تم تنفيذه غير مطابق لما هو موجود بملف الترخيص من حيث المخططات المعمارية والإنشائية، والأسس التي نفذ عليها البناء وعدد الطوابق... إلخ.

2- لاحظت اللجنة الفنية عدم حدوث أي إنهيار للتربة أسفل الأسس وأن هذه الأسس لم تتأثر تحت تأثير الأحمال الواقعة عليها، وأن الأعمدة المنفذة لا تكفي بأمان تحمل الأحمال الناتج عن عدد الطوابق المنفذة.

3- ضعف وسوء النظام الإنشائي والمنشأ الذي كان في حالة إتزان لحظي تحت تأثير الأحمال الرأسية.

4- ومن النقاط المهمة التي توصلت اللجنة الفنية إليها، إلى أن سوء التصميم، وسوء التنفيذ في الأسباب الرئيسية لانهيار البناء.

5- توصلت اللجنة إلي أن الزلزال لم يكن السبب الرئيس في إنهيار البناء وإنما كان كاشفاً فقط لسوء التنفيذ.

وبضوء ما تقدم وإستنادا إلي قرار اللجنة الفنية الهندسية الإستشاري فقد تم التوصل إلى الأدلة الثبوتية في الدعوى والتي يمكن أن تتلخص بما يأتي:

أ- إن سبب الإنهيار لم يكن راجعاً إلى الزلزال بل إلى سوء التصميم وسوء التنفيذ، ذلك أن العقار قد إنهار منحصراً في داخل حدود أرض العقار فقط من دون العقارات المحيطة به وقد حصل الإنهيار مبتدأ في الأعمدة الخرسانية والجسور، ولو كان الزلزال هو السبب الرئيس لأدي ذلك إلى إنهيار أبنية أخرى مجاورة قد مضت مدة طويلة على إنشائها. ولكي تؤكد اللجنة الفنية من خلال المعاينة التي قامت بها في الموقع أن كمية الإسمنت المستخدم في الخلطات الخرسانية يتراوح بين (150 – 200) كغم/ م^3،وهي نسبة تقل بكثير عن الحد الأدنى المسموح بها

في المواصفات الفنية القياسية المصرية وهي 350كغم/ لكل متر مكعب، فضلاً عن أن قوة إنضغاط الخرسانة أظهرت نتائج تتراوح بين (99-163) كغم/ سم^2، وان المعدل كان بحدود 110 كغم/ سم^2، وهذا يدل علي أن نوعية الخرسانة التي نفذت بها الأعمال الخاصة بالعقار المنهار، وهي تقل بكثير عن قوة الإنضغاط المطلوبة وفق المواصفات القياسية والتي تبلغ قيمتها 225 كغم/ سم^2. وان أسباب ضعف نتائج الكميات الخرسانية يرجع إلي نقص كمية الأسمنت المطلوبة، وسوء إختيار الأحجام المطلوبة بمادة الحصو (الزلط) وعدم مراعاة التدرج المطلوب لها كذلك تبين للجنة الفنية نقص كبير في كمية الحديد المستخدم في المتر المكعب الواحد.

ب- ومن ضمن الأدلة الثبوتية التي بينتها اللجنة الفنية إن حسابات التصاميم الإنشائية للمنشأ والتي تتعلق بالأحمال الرئيسة للأعمدة والمسافات بين الأعمدة، فضلاً عن قطاع الأعمدة قد أفتقد إلى معامل الأمان الذي يكفي لتحمل الأحمال الناتجة عن عدد الطوابق.

ج- الأحمال الناتجة عن زيادة ستة طوابق بدون ترخيص أدى إلي زيادة الأحمال بنسبة 60% فأفقدها تماماً عامل الأمان factor of safty.

وقد إستندت المحكمة على تقرير أعضاء اللجنة الفنية الهندسية الذي توصل إلى النتائج السابقة الذي قضت فيه مسؤولية الأطراف المشتركة في تنفيذ الأعمال سواء أكانوا مهندسين أو مقاولين أو مالك العقار[1].

(1) حكم محكمة أن الدولة العليا ال.....، ص (6) مشار اليها في هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، دار النهضة العربية، القاهره، 1993، ص (89).

الدفوع المثارة في القضية وتسبيب الحكم :-

يقصد بالدفع في قانون المرافعات: الوسيلة التي يجيب عليها المدعى عليه على طلب المدعي بقصد منع الحكم به عليه[1]. وقد جرى العمل أطلاق كلمة الدفع على ما ينصب من أوجه الدفاع التي يبديها أحد الخصوم.والدفوع قد تكون موضوعية أو قانونية. أما الدفوع القانونية فقد تكون مستمدة من القانون الموضوعي أو القانون الإجرائي، ومن الدفوع ما يكون جوهرياً إذا كان من شأنه تبرئة المتهم أو تخفيف مسؤوليته[2] والدفوع الموضوعية هي التي تتطلب الموافقة في أصل الدعوى، وتختلف من دعوة إلى أخرى وفقاً لطبيعتها وهو ما ينطبق على جرائم البناء مثلها مثل أي جريمة أخرى، الدفع بإنتفاء التهمة عن المتهم أو أسنادها إليه[3]. ومن الدفوع التي تستند إلى القانون الموضوعي، إنتفاء ركن من أركان الجريمة، أو أمتناع المسؤولية لتوافر أحد أسبابها كما أثير في أحد الدفوع في القضية المشار إليها[4]. ومن الدفوع كذلك ما يستند إلى القانون الإجرائي كالدفع ببطلان إجراء معين، وقد أثير هذا الدفع في هذه القضية حيث طعن الدفاع في صحة تقرير اللجنة الفنية الهندسية المشكلة بقرار من المحافظ بسبب عدم أدائها اليمين عند قيامها بالواجب الذي كلفت به. فإن توافرت شروط الدفع التزمت المحكمة بالرد عليه وإلا عُد ذلك قصوراً يعيب الحكم وبالتالي يؤدي إلى نقضه. ووفقاً لما تقدم فإن الدفوع التي أثيرت في هذه الدعوى كانت على النحو التالي:

- الدفع الأول: عدم اختصاص المحكمة.
- الدفع الثاني: بطلان تقرير اللجنة الفنية لعدم أدائها اليمين القانونية.

---

(1) د. رؤوف صادق، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982، ص (848).

(2) د. نبيل مدحت سالم، الإجراءات الجنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهره، 1995، ص (455) ومايليها.

(3) د.أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية-القاهره، 1981، ص (1123) ومابعدها.

(4) د. هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص (91).

الدفوع القانونية المستمدة من القانون الموضوعي:-

والتي تتضمن على ما يأتي:

- الدفع الأول: عدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها.
- الدفع الثاني: انقضاء الدعوى بالتقادم.
- الدفع الثالث: انقطاع رابطة السببية بسبب القوة القاهرة المتمثلة بالزلزال.
- الدفع الرابع: عدم جواز إثبات صفة المتهم "كمهندس" إلا بكتابة.

ونعرض لهذه الأنواع وعلى النحو الأتي:

أولاً: الدفوع القانونية الشكلية المستمدة من القانون الإجرائي

الدفوع القانونية المستمدة من القانون الإجرائي في هذه الدعوى تضمنت على دفعين أساسين يتعلق بعدم اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى، والدفع الثاني بطلان تقرير اللجنة الفنية الهندسية بسبب عدم أدائها اليمين القانونية ولذلك سنتطرق إلى هذين الدفعين كما يأتي:

الدفع الأول عدم اختصاص المحكمة:

الدفع الأول: الذي أثير في القضية بعدم اختصاص المحكمة كان دفعاً شكلياً قانونياً مستمداً من قانون الإجراءات بعدم اختصاص المحكمة بوصف الواقعة جنحة وليست جناية، وهو دفع إجرائي يتعلق بالاختصاص..... المرتبط بنوع الجريمة[1]. وقد تضمن الدفع بالاعتماد على أن العقار شيد وأنجز العمل به خلال نفاذ القانون رقم (106) لسنة 1976، وقبل صدور القانون رقم (30) لسنة 1983[2]. إذ أن الواقعة قبل التعديل تعد جنحة.

---

(1) د. حامد الشريف، نظرية الدفوع، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص (229) ومابعدها.

(2) حيث نصت المادة (22) مكرر والمعدلة في القانون (30) لسنة 1983 على أنه " تكون العقوبة السجن مدة لاتقل عن خمس سنوات ولاتزيد عن عشر سنوات وغرامة لاتقل عن (50) الف جنيه مصري ولاتزيد على قيمة الاعمال المخالفة وذلك بالنسبة للجرائم التي ترتكب بطريق

والملاحظ أن المشرع في هذا الصدد قد قام بتشديد العقوبة في الجرائم التي ترتكب سواء أكانت بطريقة العمد أم الإهمال الجسيم، وكان ينص في ذلك تشديد العقوبة على القائمين بأعمال البناء والتشييد عن عدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم أو التنفيذ أو الإشراف على التنفيذ أو الغش في استخدام مواد البناء أو استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات وبذلك يهدف إلى منع التلاعب في عمليات البناء.وقد ردت المحكمة على هذا الدفع بأن ظاهره الفساد ولا يستقيم وصحيح القانون ومخالف بأوراق الدعوى للأسباب الآتية:

أ. أن المحكمة لا تطمئن إلى صحة الكشف الرسمي المستخرج من سجلات مصلحة الضرائب العقارية المقدم من قبل مالك العقار، بسبب أستخراجه عن طريق التحايل بين بعض موظفي مصلحة الضرائب ومالك العقار والذي أيد فيه أن المالكة قد طلبت الحصول على الترخيص عن ثمانية ادوار فقط وليس أربعة عشر دوراً، وبالتأكيد فإن الكشف الذي قامت به مصلحة الضرائب في عام 82/ 1983 لم يكن البناء في ذلك الوقت ارتفع إلى أربعة عشر دوراً.

ب. وفي الأدلة الأخرى التي تبين سوء نية مالك العقار ومن ثم تؤدي إلى عدم الاعتداء بالدفع المشار إليه، التقرير الهندسي الإستشاري المقدم بناء على طلب المتهمة "مالكة العقار" وقد ظهر في التقرير أن البناء في عام 1984 كان يرتفع فقط إلى ستة ادوار وليس أربعة عشر دوراً فضلاً عن ذلك فقد تبين في الكشف الهندسي إن اكتمال أعمال الانهائيات والتشطيب لهذه العمارة تم في العام 1990، مما يدل على استمرارية أعمال البناء إلى هذا التاريخ ومن ثم يتعين رفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة بأعتبار أن الواقعة جنحة وفقاً للتكيف المنصوص عليه في القانون رقم

العمد أو الإهمال الجسيم بعدم مراعاة الاصول الفنية في التصميم أو التنفيذ أو الإشراف أو الغش في إستخدام مواد البناء أو استعمال مواد غير مطابقة للمواصفات.....".

(106) لسنة 1976 أي قبل التعديل الذي جرى بمقتضى القانون رقم (30) لسنة 1983.

ج. دليل آخر يثبت أن المتهمة مع شريكتيها في العقار تقدمت إلى لجنة التصالح عن المخالفات السابقة على صدور القانون رقم (30) لسنة 1983 بطلب كتابي بتاريخ 1/ 2/ 1983 يطلبان فيه التصالح في أربعة أدوار متكررة أقيمت بدون ترخيص.

د. وفي دليل آخر استندت إليه المحكمة كان بتاريخ 7/ 8/ 1989 تم فيه تحرير محضر الجنحة رقم (783 النزهة) غيرت فيه مالكة العقار جزء من الطابق الأرضي إلى محلات وأقامت مباني وسلالم وسقف خرساني وغرفة للحارس خلال الفترة من 1985 إلى عام 1989.وبضوء ما تقدم فقد أستنتجت المحكمة من هذه الدلائل إلى أن أعمال البناء ومن..... للمادة (22) مكرر في القانون (30) لسنة 1983، والذي أعتبر الفعل جناية وتكون المحكمة بذلك مختصة بنظر الدعوى. ومن ثم لا يجوز الاعتداد بالقول بأن أعمال البناء قد بدأت في ظل القانون السابق رقم (106) لسنة 1976، إذ أن جرائم البناء تعد من الجرائم المتعاقبة الأفعال.

الدفع الثاني: بطلان تقرير اللجنة الهندسية الاستشارية بسبب عدم أدائها اليمين القانونية.

وهو الدفع الثاني من الدفوع القانونية الإجرائية والتي دفع بها عضو هيئة الدفاع، على أن اللجنة الهندسية الإستشارية التي كلفت من قبل المحافظ بدراسة الأسباب التي أدت إلى أنهيار البناية، لا يمكن الاعتداد بتقريرها الذي أدان المتهمين للأسباب التي ذكرت في التقرير السابق بسبب عدم قيام أعضاء اللجنة بأداء اليمين القانونية قبل أداء عملها ومن ثم يعد التقرير الذي وضع بمعرفتها باطلاً.وقد ردت المحكمة على هذا الدفع بأن عدم أداء اليمين القانونية لأعضاء اللجنة الهندسية الإستشارية لا يبطل عملها، إذ أن المحكمة اعتبرت أن التقرير الذي قدمته هذه اللجنة ورقة من أوراق الاستدلال في

الدعوى، والأخذ به كورقة استدلال أطمئنت إليه ولايشترط فيه أداء اليمين القانونية، فضلاً عن أن التقرير المقدم من قبل هذه اللجنة يخضع لتقدير المحكمة.

ثانياً:- الدفوع القانونية المستمدة من القانون الموضوعي:

هناك نوع آخر من الدفوع القانونية يستمد من القانون الموضوعي "قانون العقوبات" وقد أثيرت في هذه الدعوى مجموعة متعددة من الدفوع منها.

- الدفع بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها.
- الدفع بإنقضاء الدعوى بالتقادم.
- الدفع بإنقطاع السببية على أعتبار أن الزلزال هو السبب الوحيد كقوة قاهرة أدت إلى انهيار البناء.
- الدفع بعدم جواز صفة المهندس إلا بالكتابة.

وفيما يلي تفصيل لهذه الدفوع:-

الدفع الأول: عدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها.

تعلق هذا الدفع الذي تقدم به أحد أعضاء هيئة الدفاع بعدم جواز نظر الدعوى السابقة الفصل فيها، حيث توجد محاضر ضد مالكة العقار في محكمة الجنح تتعلق بمخالفة الترخيص الممنوح لها بتعلية البناية عدة ادوار متكررة بدون ترخيص.

وقد ردت المحكمة على هذا الدفع بأن الأحكام التي صدرت عن مخالفات أخرى غير تلك المنسوبة إلى المتهمين في القضية محل البحث. فضلاً عن ذلك فإن الواقعة في هذه الدعوى تختلف عن الوقائع التي تم تحرير تلك الجنح عنها. إذ أن الواقعة المنسوبة إلى المتهمين في هذه القضية هي عدم مراعاة الأصول الفنية في البناء باستخدام كميات مواد البناء بدون الحد الأدنى التي تقتضيه المواصفات المصرية القياسية في حين أن تلك الجنح تم تحريرها بناءً على زيادة في عدد الأدوار بدون ترخيص أو إضافة بناء في الفراغات التي لا يجوز البناء فيها وقت التصميم المعد لذلك. وعلى ذلك استنتجت المحكمة أنه لا يمكن الدفع بقوة الأمر المقضي إذا كانت الدعوى الجديدة مؤسسة على

واقعة تختلف في عناصرها عن الوقائع السابقة فضلاً عن ذلك أن الحجج السابقة فإن جرائم البناء هي جرائم متعاقبة الأفعال لان السلوك الزمني فيها يمتد فترة من الزمن، وان كانت الأحكام السابقة التي أحتج بها المتهمين تشمل جميع الأفعال السابقة على تلك الأحكام أما ما يحدث بعد تلك الأحكام من تدخل الإرادة المتهمين في استمرار المخالفة تكون جريمة جديدة يجوز محاكمتهم من أجلها(1).

الدفع الثاني: انقضاء الدعوى بالتقادم:

كان من أهم الدفوع القانونية المستمدة من القانون الموضوعي "قانون العقوبات" الدفع بانقضاء الدعوى بالتقادم بناء على أنه إذا تم تكيفها على أنها جنحة تنقضي الدعوى بمرور ثلاث سنوات على ارتكاب الأفعال للجرائم المبينة بقرار الاتهام، وفي حالة تكييفها على أنها جناية تنقضي بمرور عشر سنوات في وقت ارتكاب الفعل. وقد ردت المحكمة على ذلك بالنسبة للشق الأول أن الجريمة لا تعد جنحة وفقاً لما خلصت إليه المحكمة بل تعد جناية وفقاً لنص المادة (22) مكرر من القانون رقم (30) لسنة 1983. كما أكدت المحكمة على أن مدة العشر سنوات لم تنقضي منذ ارتكاب المكونة لها فضلاً عن أن جرائم البناء بدون ترخيص أو مخالفة الأصول الفنية في البناء هو من الجرائم التي يستمر الركن المادي فيها فترة من الزمن أو يظل هذا السلوك قائماً متمثلاً في الإمتناع عن الامتثال لأوامر المشرع بعدم البناء وتكرر هذه الأفعال في أزمنة مختلفة، وهنا العبرة بتمام ارتكابها، وفي الدعوى محل النزاع أرتكب المتهمون أفعالاً تشكل الجرائم المسندة إليهم وحتى سنة 1989 وفقاً لما انتهى إليه خبير الدعوى في تقريره في الجنحة (788) لسنة 1989.فضلاً عن ذلك فإن مدة التقادم قد أصابها الانقطاع أكثر من مرة وما يؤكد هذا الانقطاع أن مالكة العقار قد حضرت إلى محكمة الجنح عن مجموعة من الدعاوى لارتكابها مجموعة من المخالفات تتعلق بنفس العقار، واعتبرت هذه الإجراءات قاطعة للتقادم، لذلك يتعين وفقاً لأحكام التقادم، أن تنقضي المدة المحددة له

(1) منشورة في د. هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص96 وما بعدها.

ابتداء من تاريخ آخر إجراء قاطع لها بدون اعتداد بما مضى من مدة سابقة، مما يعني أن الانقطاع من تاريخ آخر إجراء قاطع بدون الاعتداد بما مضى من مدة سابقة.

الدفع الثالث: انقطاع رابطة السببية بسبب القوة القاهرة متمثلة في الزلزال:

هذا دفع آخر تقدمت به هيئة الدفاع عن المتهمين يتعلق بالزلزال باعتباره السبب الوحيد الذي أدى إلى انهيار البناء وأنه يمثل القوة القاهرة ولم يكن لأي من المتهمين أن يتوقعها ولا يستطيع دفعها.وقد ردت المحكمة على هذا الدفع على أنه لا يستقيم وصحيح القانون، فعلاقة السببية في المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ بفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب أن يتوقعه من نتائج مألوفة لفعله إذا ما أتاه عمداً، أو خروجه بما يرتكبه بخطئه من دائرة التقصير بالمواقف العادية لسلوكه، وعلاقة السببية هي من المسائل الموضوعية التي تستخلصها محكمة الموضوع من ظروف القضية. وأنه لولا الخطأ الواقع من جانب المتهمين المتمثل بالتصميم المعيب والتنفيذ الخاطئ لما حدث الضرر المترتب على الخطأ. ولما كانت المحكمة قد أطمأنت إلى شهود القضية وتقرير اللجنة الفنية فهي متضمنة تماماً بوجود علاقة السببية بين الخطأ في التصميم والتنفيذ، وبين ما حدث من ضرر سواء فيما يتعلق بالوفاة أو الإصابة أو الإتلاف الناتجين عن انهيار العقار والزلزال لم يكن إلا كاشفاً للعيوب التي شابت البناء وقد أستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على رفض الاعتداء بالقوة القاهرة إذا ثبت وجود خطأ سابق على حدوث القوة القاهرة من جانب الجاني ففي هذا الحالة يُسأل الجاني عن الفعل الخاطئ ولا يقبل دفعه بالقوة القاهرة[1].

فلابد أن يثبت أنه لم يكن للجاني يد في حصول الضرر أو قدرته على منعه.

(1) د. محمود نجيب حسين، قانون العقوبات – القسم العام، المرجع السابق، ص 27، د. محمود ناجي باقرت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة خارج العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص230 ومابعدها.

الدفع الرابع: عدم جواز إثبات صفة المتهم إلا بالكتابة في هذا الدفع الذي تقدمت به هيئة الدفاع إلى المحكمة يتلخص بعدم جواز إثبات صفة المهندس إلا بكتابة بصيغة عقد بينه وبين مالك العقار أو بين المقاولين، وقد ظهر بأنه لا يوجد في أوراق الدعوى مثل هذا العقد، لذلك فلا يجوز اعتبار المتهم مهندساً مسؤولاً عن التصميم أو التنفيذ أو الإشراف. وهو وضع متعلق بالإثبات والقانون الموضوعي، ويقصد به هنا القانون المدني، وذلك استناداً إلى المادة (651،652) من القانون المدني المصري.

وقد ردت المحكمة على هذا الدفع بأنه لا يستقيم وصحيح القانون وذلك لعدة أسباب:

أ. أن عقد المقاولة من جانب المقاول قد يكون مدنياً أو تجارياً، فهو مدني إذا لم يعد من أعمال التجارة، والمهندس إذا تعاقد مع رب العمل لوضع تصميم يريده الأخير كان هذا العقد مدنياً ولكن إذا كان صاحب المهن الحرة كالمهندس يقوم بأعمال تجارية تستغرق كثيراً من نشاطه كوضع التصميم والإشراف على التنفيذ ففي مثل هذه الحالة يعد العقد تجارياً بالنسبة للمهندس ويترتب على كون العقد تجارياً بالنسبة له أنه يجوز أثباته بكافة طرق الإثبات القانونية.

ب. أنه في مجال المسؤولية الجنائية تتبع المحكمة الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات الجنائية في أثبات أو نفي الاتهام، فضلاً عن ذلك فإن الأحكام الواردة في القانون المدني هي أحكام تنظيمية في حالة تحرير العقد ولا يؤدي عدم التزام الأطراف بتحرير عقد مكتوب إلى إسقاط المسؤولية عن المهندس إذا اثبت للمحكمة أنه قام بفعل مخالف للقانون.

ثم أنه في حالة عدم وجود عقد ينظم العلاقة بين المهندس أو المقاول ورب العمل فإنه يجوز للمالك أو رب العمل أن يعود على المهندس أو المقاول بالتعويض إذا أصاب العقار ضرر خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمه وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية وهذا ما يؤكد ما خلصت إليه المحكمة في أن قواعد القانون المدني المتعلقة

بالمادتين (651، 652) هي قواعد تنظيمية فقط وأن مخالفتها لا تعد مخالفة لقاعدة آمرة من القواعد المتعلقة بالنظام العام.

ج. إن عدم التزام المقاول أو المهندس تنفيذ البناء طبقاً للأصول الفنية التي نصت عليها المواصفات القياسية هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن وكافة طرق الإثبات القانونية. واستخلصت المحكمة إلى أن الدفع المشار إليه غير قائم على أساس صحيح في القانون وقد ثبتت لدى المحكمة أن المهندس قد قام بوضع تصاميم العقار، وكذلك الإشراف على التنفيذ من خلال ضبط التصاميم الأولية للعقار في مكتبة بالإضافة إلى شهادة الشهود الواردة في أقوالهم في أدلة الإثبات.

بناء على ما تقدم ولخبرتنا في عقود التشييد والبناء نرى أن الأسباب الحقيقية التي أدت إلى إنهيار البناء يمكن أن نلخصها في النقاط الآتية:

1. مخالفة مالك العقار الترخيص الممنوح لها بإضافة ستة أدوار مما أدى إلى زيادة الأحمال مخالفاً بذلك التصميم الأساس للبناية.
2. عدم مراعاة الأصول الفنية في التصميم والتنفيذ.
3. استخدام مواد إنشائية غير مطابقة للمواصفات الفنية والهندسية المطلوبة.
4. الكشف الذي أجرته اللجنة الفنية الهندسية اثبت أن التربة أسفل البناية لم تتأثر بالزلزال.
5. عدم تأثر الأبنية المجاورة والمحيطة للبناية المشار إليها بالزلزال على الرغم من أن جميع هذه الأبنية قد أنشأت قبل البناية المنهارة.
6. كان على المهندس المصمم للبناية أن يدخل في الاعتبار الزلزال وبدرجة مقاومة لاتقل عن ست درجات بمقياس ريختر لذلك فإن السببية موجودة بين الخطأ في التصميم و التنفيذ ولم تنقطع بوجود الزلزال الذي لم يكن هو السبب الرئيس لإنهيار البناية.

المطلب الثاني
حالة دراسية من القضاء السوداني

وتطبيقاً آخر في القضاء السوداني، ففي الدعوى[1] المرفوعة من جمعية منطقة ود نميري التعاونية "مدعية" ضد "المدعى عليه" الشركة الكورية وهي شركة تعمل في مجال الاستشارات الهندسية والتشييد ومسجلة في السودان وفقاً لقانون الشركات لسنة 1925، وبموجب عقد أبرم بين المدعية والمدعى عليه بتاريخ 27/ 11/ 1979.

1- قيام الشركة الكورية "المدعى عليها" بتشييد مباني مختلفة على العقار المعروف بالقطعة رقم 1/ 391 مربع 2/ 5 الصناعات بأم درمان تتضمن بناء مكتب من طابقين ومنزل للضيافة وكلاهما يشيد من الخرسانة المسلحة والطوب الأحمر بكلفة (2.456.258) مليونان وأربعمائة وستة وخمسون ألف ومائتان وثمانية وخمسون جنيهاً سودانياً.

2- نتيجة للتنفيذ الخاطئ في عدم مراعاة الأصول الفنية للأعمال التي نفذت، ظهرت العيوب في المباني التي شيدت وأصيبت بتصدع جسيم ظهر في الأعمدة الخرسانية والجدران الحاملة من خلال ظهور الشقوق الواسعة في المنشأ.

3- قد أظهرت الدراسة التي قام بها الخبراء الذين كلفتهم المحكمة بتقديم تقرير خبرة هندسية في حيثيات الموضوع إذ جاء في هذا التقرير ما يأتي:

أ- أن الشركة الكورية قد نفذت مباني بطريقة مخالفة للمواصفات الفنية والعلمية دون الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة التربة التي شيد عليها البناء وأنها غير صالحة لإقامة منشأت عليها لطبيعتها الرخوه وقابليتها للانتفاخ.

ب- عدم اتخاذ الشركة المنفذة للأعمال الحيطة والحذر الكافي عند التنفيذ.

---

(1) محكمة أم درمان الجزئية بالرقم 75/ 91 ومراحل الطعن المذكورة، منشور في حاتم عبد الماجد عبد الله، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون في جامعة أم درمان الإسلامية بعنوان العقود الهندسية ودور التحكيم في فض النزاعات الناشئة عنها، 2008.

ج- الأعمال المنفذة من قبل الشركة الكورية غير قابلة للإصلاح بسبب العيوب الكبيرة التي باتت تهدد متانة البناء وسلامته ويجب هدمها وإزالتها.

وبناءً على ما تقدم فقد طالبت المدعية الحكم لها بما يأتي:

- قيمة الأضرار الناتجة عن هدم وإزالة المباني بمبلغ (4.500.000) جنيهاً أو إلزام المدعي عليها بهدمها وإزالتها.
- المطالبة بمبلغ (18.000.000) جنيه عن قيمة المادة تشييد المباني موضوع العقد.
- التعويض عن الإخلال بالعقد والأضرار الناجمة عن ذلك والتي قدرت بحدود (7.500.000) جنيه.

فضلاً عن ذلك تحميل المدعي عليها رسوم الدعوى وأتعاب المحاماة والخبراء.

وتقدمت المدعي عليه بدعوى فرعية تتلخص في أن المدعية.... شركة سودانية خاصة مسجلة بموجب قانون الشركات لسنة 1925 وتعمل في مجال تشييد المباني وإقامة الطرق، وإن المدعي عليها فرعياً جمعية تعاونية متعددة الأغراض وأنه وعلى الرغم من أن المدعية فرعياً قد قامت بأداء العمل الموكول إليها بموجب العقد المؤرخ في 27/ 11/ 1979 إلا أن المدعي عليها فرعياً قد فشلت في دفع مبلغ قدره (155.500.725) وتطالب المدعية فرعياً بسداد المبلغ المذكور.

صرحت الدعوى الأصلية والفرعية بالرسوم وبعد اكتمال المذكرات في الدعوى وبعد سماع الشهود وتقديم المستندات الخاصة بالدعوى قامت المحكمة بالاستعانة بعدد من الخبراء والمختصين وأساتذة في الجامعات السودانية والذين قاموا بإعداد دراسة فنية وهندسية، بعد ذلك توصلت المحكمة إلى النتائج الآتية:

1- العقد المبرم في 27/ 11/ 1997 بين الطرف الأول (صاحب العمل) جمعية ود نميري التعاونية، وبين الطرف الثاني - الشركة الكورية للتشييد والمقاولات، وأن العقد هو من نوع العقود التي تسمى عقد تسليم مفتاح 'Turn key contract' والذي تم بموجبه

أن تقوم الشركة بإعداد التصاميم والمخططات الهندسية ومن ثم تنفيذ العمل بموجبها لقاء مبلغ مقطوع (2.456.258) جنيه سوداني.

2- ظهر أن العيب في البناء ظهور التشققات التي تهدد متانة البناء وسلامته يرجع إلى عدم اتباع المواصفات الفنية المطلوبة عند إعداد التصاميم، فضلاً عن عدم وضع التحوطات التي تحول دون حدوث آثار سلبية عند التنفيذ وبعده، مما أدى إلى جعل المباني غير صالحة للانتفاع بها.

3- بناءً على ما ذكر وبموجب العقد والقانون، فإن الشركة الكورية هي الجهة المسؤولة الوحيدة عن هذا العمل المعيب وبالتالي تتحمل التبعات الناتجة عنه.

واعتماد على النتائج التي توصلت إليها المحكمة فقد أصدرته قرارها الذي تضمن ما يأتي:

أ- تقوم الشركة الكورية بدفع مبلغ قدره (4.500.000) جنيه سوداني لإزالة المباني موضوع الدعوى.

ب- تدفع الشركة الكورية مبلغ قدره (16.000.000) جنيه سوداني لإعادة تشييد تلك المباني.

ج- تدفع الشركة الكورية لصاحب العمل تعويضاً عن مدة عدم الانتفاع بتلك المباني مبلغاً قدره (5.000.000) جنيه سوداني.

د- تشطب الدعوى الفرعية والتي طالبت فيها الشركة الكورية من صاحب بالعمل دفع مبلغ (155.500.00) جنيه سوداني، وهو عبارة عن القسط الأخير من قيمة العقد.

قدمت الشركة الكورية طعناً بطريق الاستئناف لدى محكمة الاستئناف لولاية الخرطوم ضد الحكم الصادر ناعية عليه الخطأ في تطبيق حكم القانون على الوقائع مدعية بأن المحكمة لم تناقش موضوع المسؤولية من خلال حكمها والأساس الذي استندت عليه في تدعيم حكمها وكان الأحرى بالمحكمة أن تناقش المسؤولية القانونية

والعقدية للمهندس والمقاول من خلال العقد المبرم بين الطرفين والبيانات المقدمة مما جعل حكمها معيباً.

نظرت محكمة استئناف ولاية الخرطوم بالطعن المقدم من المقاول (الشركة الكورية) وقامت بالإطلاع على الوقائع والحكم المطعون فيه وتبين لها أن محكمة الموضوع استندت في حكمها على القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في المادة (138)[1] من قانون المعاملات المدنية وأغفلت الإشارة إلى الأحكام المتعلقة بعقد المقاولة. وتبين للمحكمة كذلك أن نص الحكم المطعون فيه سديد مما يتعين معه نفس الحكم بعد إعادة الأوراق للمحكمة الابتدائية لإصدار ذلك الحكم على هدى أحكام القانون المتعلقة بعقد المقاولة، وقد جاء في الأمر النهائي لمحكمة الاستئناف ما يأتي:

أ- يلغي الحكم المطعون فيه.

ب- تعاد الأوراق لمحكمة الموضوع لإعادة النظر على هدى ما تقدم من أسباب.

4- بتاريخ 8/ 12/ 1993 أصدرت محكمة الموضوع حكماً مماثلاً لحكمها الأول بعد أن أعادت صياغته ضمنته مواد عقد المقاولة. إلا أن المقاول وبتاريخ 14/ 12/ 1993 قد تقدم بطعن أخر لمحكمة الاستئناف في عدم التزام محكمة الموضوع بتنفيذ ما أمرت به محكمة الاستئناف الأولى مشيراً إلى خطأ محكمة الموضوع في أخذها بما ورد في شهادة شهود الإدعاء وأنه أي المقاول غير مسؤول عن عيوب تصميم مباني المشروع.

نظرت في الطعن المقدم من المقاول بمراجعة محضر الدعوى وتوصلت إلى أن محكمة الموضوع قد أصابت حيث حددت مسؤولية المقاول عن عيوب التصميم وأن المحكمة قد

(1) نصت المادة (138) من قانون المعاملات المدنية السوداني على ما يأتي 'كل فعل سبب ضرراً للغير يلزم من أرتكبه بالتعويض، ولو كان غير مميز'.

التزمت بالأمر الصادر من محكمة الاستئناف الأولى، واتخذت محكمة الاستئناف في 14/ 5/ 1994 قراراً وأمراً بشطب الطعن المقدم من المقاول.

5- بتاريخ 20/ 5/ 1994 تقدمت شركة المقاولات الكورية بطعن لدى المحكمة العليا الاتحادية حول القرار الذي أصدرته محكمة الاستئناف بتاريخ 14/ 5/ 1994 والقاضي بتأييد القضاء للحكم الذي أصدرته محكمة الموضوع.

نظرت المحكمة العليا الاتحادية في وقائع القضية والأسباب التي بنت عليها محكمة الموضوع حكمها وتوصلت المحكمة العليا إلى أن المسؤولية تقع كاملة على شركة المقاولات الكورية فيما يتعلق بالعيوب التي ظهرت في المباني، وأن محكمة الموضوع ومحكمة الاستئناف قد أصابتا النتيجة، وعليها أي الشركة الكورية أن تعوض صاحب العمل بقدر ما أصابه من ضرر، وتم شطب الطعن كما جاء في الأمر النهائي للمحكمة العليا.

مما سبق ذكره ومن خلال تتبع مجريات القضية ظهرت لنا عدة تساؤلات منها.

1- هل أن الأعمال قد انجزت وسلمت إلى صاحب العمل ثم ظهرت العيوب بعد ذلك، أم أن العيوب ظهرت أثناء التنفيذ.

2- لم يظهر لنا أن المقاول قام بإنجاز الأعمال وسلمها إلى صاحب العمل.

3- لم يظهر لنا أيضاً أن انكشاف العيب كان ضمن مدة الضمان العشري أم لا.

إذ من المعروف أن القواعد العامة للمسؤولية العقدية هي الأساس في علاقة صاحب العمل بالمهندس أو المقاول في الفترة السابقة على إنجاز العمل وتسلمه، ويكون عقد المقاولة هو المرجع في تحديد حقوق والتزامات كلا الطرفين. كما تمتد قواعد هذه المسؤولية لتحكم العلاقة بين صاحب العمل والمهندس أو المقاول بعد تسلم الأعمال. فتحكم خطأ المقاول في تنفيذ الأعمال بشكل معيب ومخالف للمواصفات الفنية المطلوبة المتفق عليها في العقد، أو تأخره في إنجاز العمل عن الموعد المحدد في العقد، بينما تتحدد مظاهر خطأ المهندس في علاقته العقدية بصاحب العمل، والإهمال في الإشراف على

تنفيذ الأعمال، وتقديم المشورة الخاطئة، والتقصير في معاونة صاحب العمل، ومثل هـذه الأخطاء يمكن التمسك بها قبل تسلم الأعمال بحسبانها سـبباً للمـسؤولية العقديـة طبقـاً للقواعد العامة في علاقة المهندس أو المقاول بصاحب العمل، كما يمكن لهـذا الأخير أن يتمسك أيضاً بعد التسلم النهائي للأعمال بحسبانها سبباً لمسؤولية المهندس أو المقـاول في الضمان العشري، إذا أدت هذه الأخطاء إلى ظهـور عيـوب في المنشآت الـتي تم تنفيـذها تتوافر فيها الشروط التي حددتها المادة 386 من قانون المعاملات السوداني.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، أما بعد:

تناولنا في هذه الدراسة المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد أثناء مدة التشييد وبعدها، أي بعد الانجاز والتسليم وأحكامها وبينت الدراسة أهمية الموضوع في نواح عديدة،منها، حماية رب العمل من اضرار وعيوب البناء، بأعتباره الجانب الأضعف في عقود التشييد ازاء المهندس والمقاول، كما أنه يوفر الحماية من أخطار عيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى سليمة متينة وخالية من العيوب والتي تؤثر في الاضرار على الصالح العام.

وقد تبين لنا بشكل واضح وصريح أن القانون العراقي والسوداني لم يتوسع في ضبط أحكام وقواعد هذه المسؤولية، كما إنه لم يضع وبشكل واضح وبنصوص صريحة أسس هذه المسؤولية القانونية، وتحديد أطر طبيعتها. وبخلاف ذلك نجد أن المشرع المصري قد اعتنى بتنظيم هذه المسؤولية وبينها.

ولذلك سيتم تقسيم هذه الخاتمة إلى قسمين، حيث يحدد القسم الأول منها أهم النتائج التي تم التوصل إليها، ويتناول القسم الثاني أهم التوصيات. وعلى النحو الأتي:

أولاً: أهم نتائج البحث

يمكن تلخيص أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذا البحث، فقد بينت هذه الدراسة إلى أن أهم الأسباب التي تؤدي إلى انهيار المنشآت تشمل مايأتي:-

- أسباب ناتجة عن التصميم.
- أسباب ناتجة عن التنفيذ.

- أسباب ناتجة عن المنشأ نفسه.
- أسباب ناتجة عن مستخدمي المنشأ.

لذلك سنتناول هذه المواضيع وعلى النحو الآتي:

1.أسباب ترجع إلى التصميم.

فقد أثبتت الدراسة أن من أهم الأسباب التي تؤدي إلى انهيار المباني والمنشآت الثابتة الأخرى ناتجة عن سوء إعداد التصاميم والمواصفات الفنية المطلوبة وهي:-

أ. عدم اختيار النظام الإنشائي المناسب.

ب. قلة خبرة وكفاءة المهندس المصمم.

ج. استخدام مواصفات للتصميم لا تناسب الظروف الطبيعية التي سيتم إقامة المنشأ عليها.

د. الإهمال في دراسة خواص التربة التي يراد تشييد المنشأ عليها دراسة وافية من جهة قوة تحملها، خواصها الطبيعية، تأثرها بالمياه الجوفية.

هـ. الإهمال في دراسة تأثير الأبنية المجاورة للمنشأ أو الأبنية التي ستنفذ على التربة في موقع التنفيذ.

و. الأخطاء الإنشائية في حساب المقاطع الخرسانية أو كميات حديد التسليح أو مكونات الخرسانة.

2. أسباب ترجع إلى التنفيذ.

من الأسباب المهمة الأخرى التي تؤدي إلى انهيار المباني ترجع إلى سوء التنفيذ والذي يكون ناتجاً من الحالات الآتية:

أ. استعمال مواد رديئة غير مطابقة للمواصفات الفنية.

ب.عدم ضبط الجودة للأعمال أثناء التنفيذ عن طريق إجراء اختبارات مواد البناء التي تحددها المواصفات المطلوبة.

ج. عدم كفاءة جهاز الاشراف على التنفيذ.

د. عدم استخدام النسب الصحيحة للخلطات الخرسانية وأعمال البناء.

3. أظهرت الدراسة أن الشخص المسؤول عن الضرر الناجم عن انهيار البناء وفقاً لنص المادة (229-1) من القانون المدني العراقي، ليس بالضرورة أن يكون مالك البناء، بل هو أي شخص يتولى الاشراف على البناء، وتكون له السيطرة الفعلية عليه وقت حدوث الانهيار.

4. بينت الدراسة أن نطاق اعمال أحكام المادة (229-1) من القانون المدني العراقي يقتصر على حالات الانهيار التلقائي للبناء، الذي يرجع إلى البناء ذاته بسبب كونه قديماً أو معيباً، أي بعبارة أخرى، الانهيار الذي يرجع إلى تقصير المالك في صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه.

5. كما يقتصر نطاق اعمال أحكام المادة (229-1) من القانون المدني العراقي على الحالات التي لا يكون فيها بين المسؤول عن البناء والمضرور رابطة تعاقدية،أما إذا كان ثمة رابطة تعاقدية بين المسؤول عن البناء والمضرور، فيجب استبعاد تطبيق أحكام هذه المادة والاحتكام للعقد، أي تطبيق أحكام المسؤولية العقدية لأنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، كما لا تجوز الخيرة بينهما، إذ أن المسؤولية العقدية تنفي المسؤولية التقصيرية.

6. فيما يتعلق بأساس المسؤولية، فقد بينا أن القانون العراقي قد أخذ بالتفرقة التي قال بها الفقه الاسلامي، بين المباشرة والتسبب، فقرر مسؤولية المباشر،بينما اشترط في المادة (186-1) من القانون المدني العراقي لتحقق مسؤولية المتسبب أن يكون متعدياً أو متعمداً أو أن يكون الفعل الضار مفضياً إلى الضرر. وقد انتهينا إلى أن التعمد ليس شرطاً لازماً لتحقق مسؤولية المتسبب، إذ أن التعمد هو جزء من التعدي، وما دام أن المشرع قد اشترط التعدي وهو الأشمل.

فيكون قد اشترط من باب أولى. ثم أن التعمد، لا تعتد به الشريعة الاسلامية إلا في حالات الجناية على النفس. كذلك فإن اشتراط أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، وهذا

الشرط يتعلق في الحقيقة بعلاقة السببية بين الفعل والضرر، فسواء كان الضرر بالمباشرة أو التسبب فإنه يجب أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر، لذا فإنه يمكن الاستغناء عن شرطي التعمد وإفضاء الفعل إلى الضرر والاكتفاء بشرط التعدي لتحقق مسؤولية المتسبب.

7. أكدت الدراسة أن المسؤولية العقدية لكل من المهندس والمقاول تجاه صاحب العمل قبل تسلمه الأعمال تخضع إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية من حيث التقادم ونسبية العقد، فمن حيث التقادم فهي خمسة عشر سنة، وأن اختلف الفقهاء في تحديد بدايتها، من وقوع الضرر أم من انكشاف العيب، كما أنه لا تضامن بين المهندس والمقاول في مسؤوليتهما العقدية، أما بعد تسلم الأعمال من قبل صاحب العمل، فتتغير المسؤولية العقدية من الطبيعة العامة إلى الطبيعة الخاصة وهي الضمان المعماري وفقاً لما جاء في المادة (870) من القانون المدني العراقي والمادة (386) من قانون المعاملات المدنية السوداني.

8. بينت الدراسة أن للضمان المعماري عدة خصائص تمييزه عن باقي أنواع الضمان في العقود المختلفة وذلك لتعلقه بمتانة البناء وسلامته وما قد يترتب عليه من خسائر بشرية أو أقتصادية تهدد أمن المجتمع، ومن هذه الخصائص:

أ. خصوصية المسؤولية العقدية: رغم أنه من المعلوم أن المسؤولية العقدية يجوز فيها الاتفاق على الاعفاء أو التخفيف من احكامها، إلا أن الضمان المعماري بنص الفقرة الأولى من المادة (870) من القانون المدني العراقي يخالف تلك القاعدة إذ يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد منه، مما يجعل المسؤولية المعمارية مسؤولية عقدية من نوع خاص.

ب. المسؤولية مفترضة والتي تتمثل في قرينة ذات ثلاثة أوجه:

- الوجه الأول: أن التهدم أو التعيب راجع إلى عيب في الصنعة.
- الوجه الثاني: أن عيب الصنعة راجع إلى خطأ المهندس أو المقاول.

- أن العيب راجع إلى كل مهندس أو مقاول مشارك في أعمال التشييد وله عقد مع صاحب العمل.

ففي حين أن الوجهين الأول والثاني يمثلان قرينة المسؤولية المفترضة التي لا تقبل إثبات العكس،ولا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي، فإن الوجه الثالث يقبل إثبات العكس، أي أن القرينة تسقط إذا ما أثبت المهندس أو المقاول عدم تعلق نشاطه بالأعمال التي ظهر فيها العيب.

9. أظهرت الدراسة أن مسؤولية المهندس المشرف والمقاول أثناء مدة التنفيذ قد أعتبرهما المشرع العراقي حارسين للبناء كما جاء في المادة (231) من القانون المدني العراقي وتستمر هذه الحراسة لغاية تسليم الأعمال لصاحب العمل.

10. أثبتت الدراسة إن الخطأ المدني لا يختلف عن الخطأ الجنائي فأي خطأ يرتب المسؤولية المدنية يمكن أن يرتب في الوقت نفسه المسؤولية الجنائية، ولا يشترط القانون الجنائي درجة جسامة معينة في الخطأ لتحقيق المسؤولية الجنائية، وإن كان يشترط جسامة النتيجة المترتبة على الخطأ في بعض الصور.وعلى ذلك فخطأ المهندس والمقاول يعد داخلاً في نطاق الخطأ الذي يشترط لوجوده توافر شرطين:

أ. الشرط الأول: يتعلق بالشخص مرتكب الخطأ بأن يكون صاحب مهنة معينة كالمهندس، والمقاول والطبيب والمحامي ......الخ.

ب. الشرط الثاني: أن يكون هذا الشخص صاحب المهنة قد أخذ وعمل بقواعد وأصول مهنته في أداء عمله.

11. بينت الدراسة أن هناك علاقة بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية التي يمكن أن تترتب على المهندس أو المقاول من خلال الحالات الآتية:

أ. مناط المسؤولية الجنائية يختلف عن مناط المسؤولية المدنية فإن كان العقد هو أساس المسؤولية المدنية، فإن الخطأ هو أساس المسؤولية الجنائية أو في بعض الأحيان يكون العمد.

ب. أنه سواء تهدم البناء كلياً أو جزئياً أو لم يتهدم فإن الخطأ الجنائي قد يكون قائماً إذا توافرت عناصره وفقاً للمعيار السابق تحديداً. أما في حالة الضمان العشري فيجب أن يحدث تهدم كلي أو جزئي في البناء، أو يوجد عيب خفي يهدد البناء وسلامته لم يتم اكتشافه وقت تسلم صاحب العمل للأعمال.

ج. في حالة عدم إثبات وجود عقد مكتوب بين المهندس والمقاول من جانب، وصاحب العمل من جانب آخر، فإن هذا لا يعفي من المسؤولية الجنائية في حق أي من المهندس أو المقاول، وتترتب المسؤولية المدنية كذلك على المهندس أو المقاول في حالة عدم وجود عقد مكتوب بينهما، فإنه يحق لصاحب العمل أو مالك البناء الرجوع على كل من المهندس أو المقاول تأسيساً على قواعد المسؤولية التقصيرية إذا ترتب على عملهما ضرر للغير في خلال مدة الضمان المعماري والبالغة عشر سنوات. فضلاً عن ذلك فإن المسؤولية الجنائية تتحقق أيضاً. ثم أن عدم إلتزام المهندس أو المقاول بتشييد البناء وفقاً للأصول الفنية هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بالبينة والقرائن. ثم أن طبيعة عمل المهندس الفنية تختلف عن طبيعة عمل المقاول التجارية مما يترك أثره على العقد المبرم مع كل منهما، فالمهندس إذا تعاقد مع صاحب العمل على التصميم فقط يكون عمله فنياً وبالتالي يعد العقد ذو طبيعة مدنية، أما إذا كان يمارس نشاطاً تجارياً واسعاً يستغرق كل نشاطه وبجانب التصميم يقوم بالتنفيذ أو الإشراف على التنفيذ فإن العقد مع صاحب العمل يأخذ طبيعة يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية.

12. فيما يتعلق بانقضاء الدعوة الجنائية بالتقادم نتيجة لمرور خمسة عشر سنة على إرتكاب الواقعة إذا كانت جناية، وما قد يثار من تداخل مع مدة العشر سنوات في الضمان العشري فالواقع إن لكل منهما مجاله الذي يختلف عن الآخر تماماً.

فإن تقادم الدعوة الجنائية ينظم أحكامها قانون الإجراءات الجنائية في مواد الجنايات بمضي عشر سنوات من يوم وقوع الجريمة، وبإفتراض إن أي من المهندس أو المقاول قد خالف الأصول الفنية بما يستوجب توقيع العقوبة المقررة، وإنه لم يتم تحريك الدعوة الجنائية لمدة عشر سنوات من يوم وقوع الجريمة، فإن الدعوة الجنائية تنقضي بالنسبة للمتهم مع ملاحظة أن جرائم عدم مراعاة الأصول الفنية في البناء هي من الجرائم متتابعة الأفعال تقع تنفيذاً لمشروع جرائمي واحد. ولكن الإلتزام بالضمان العشري يبدأ من وقت تسلم البناء من قبل صاحب العمل بعد إنتهاء جميع الأعمال المتممة للبناء ثم يبدأ من هذا التاريخ مدة الإلتزام بالضمان العشري.

13. أظهرت الدراسة أن هناك خلافاً جوهرياً بين القانون المصري من جهة وبين القانونين العراقي والسوداني من جهة أخرى وذلك في عدة أوجه أهمها:

أ. مدة التقادم المسقط لدعوى الضمان في القانون العراقي والسوداني بعد مرور سنة من تاريخ حدوث التهدم أو اكتشاف العيب بينما هي في القانون المصري بمرور ثلاث سنوات على التهدم أو اكتشاف العيب.

ب. إن المسؤولية عن الاضرار التي تصيب الغير أثناء مدة التشييد وفقاً للمادة 177 من القانون المدني المصري، تقع على حارس البناء، بخلاف المادة 229 من القانون المدني العراقي والمادة 148 من قانون المعاملات المدنية السوداني التي حصرهما بالمالك، والحارس ليس بالضرورة مالكه بل هو من له السيطرة الفعلية على البناء، فقد يكون المقاول، أو المهندس، أو رب العمل، هذه السيطرة تجعله مكلفاً بحفظه والتأكد من عدم وجود عيب فيه يهدد الناس بالخطر، كما وجدنا أن مسؤولية الحارس في النص المصري قائمة على خطأ مفترض في الحراسة بمجرد حدوث الضرر للغير من جراء عملية التشييد والبناء، وبإمكان الحارس نفي الخطأ بأن يثبت أن الانهدام لا يرجع سببه إلى

وجود عيب في البناء، فإذا عجز عن اثبات ذلك فلا يمكن التخلص من المسؤولية إلا بنفي العلاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذي وقع، بينما أقاما النص العراقي والسوداني المسؤولية على الخطأ المفترض غير قابل لاثبات العكس.

ج. أما بالنسبة للاضرار التي تصيب الغير من جراء الآلات والأدوات المستعملة في عملية التشييد، فقد لا حظنا أن المشروع العراقي والمصري والسوداني قد جعلا حارس الآلات والأدوات المستعملة في العملية المادية للبناء مسؤولاً عن الاضرار الناجمة منها، ولكن المشرعين العراقي والسوداني قد اختلفا مع المشرع المصري في أساس هذه المسؤولية، إذ أقام المشرع المصري مسؤولية حارس الآلات والأدوات على أساس الخطأ المفترض غير القابل لاثبات العكس إلا باثبات السبب الأجنبي، بينما أقام المشرع العراقي والسوداني المسؤولية على أساس الخطأ المفترض فرضاً قابلاً لاثبات العكس، أي يمكن للحارس نفيه بأثبات أنه أتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر.

14. أكدت الدراسة من خلال بحثنا للمسؤولية العشرية، أن بعض الفقهاء ذهب إلى القول أن المدة المقررة لقيام المسؤولية إذا أنتهت، فإنه لا يجوز لرب العمل الرجوع على المهندس أو المقاول بسبب ما يحدث في البناء والتشييد من عيوب حتى لو ثبت أن أسبابها ترجع إلى مخالفة عمدية في الشروط والمواصفات الفنية المتفق عليها، وقد ظهر لنا أن هذا الرأي غير سديد، لأن مسؤولية المهندس و المقاول العشرية، إذا انتفت بسبب تخلف شرط من شروطها وهو إنقضاء مدتها، فإنهما يبقيان مسؤولين مسؤولية تقصيرية إذا تعمدا الاضرار برب العمل وخالفا شروط العقد المبرم بينه وبينهم، لذلك يكون في وسع رب العمل الرجوع عليهما بدعوى المسؤولية التقصيرية بشرط اثبات الخطأ التقصيري في جانبيهما، فضلاً عن ذلك في حالة ظهور غش من قبل المهندس أو المقاول لم يستطع رب العمل كشفه إلا بعد مضي

السنوات العشر المقررة لقيام المسؤولية العشرية ومضي مدة تقادم دعواها، فإن رب العمل يستطيع التمسك بدعوى المسؤولية التقصيرية، ويرجع بالضرر على المهندس والمقاول بموجبها.

15. بينت الدراسة أن مظاهر التشدد في المسؤولية المدنية للمهندس و المقاول بعد انجاز العمل وتسليمه لصاحب العمل، أن أحكامها من النظام العام، وأن المهندس والمقاول فيها متضامنان في الضمان، كما مسؤوليتهما تمتد لعشر سنوات بعد تسليم البناء لصاحب العمل، وخطأهما مفترض لا يمكن دفعه إلا بأثبات السبب الأجنبي، ويبقى المهندس والمقاول أيضاً مسؤولين عن أي تهدم، أو عيب يهدد متانة البناء وسلامته، حتى لو ظل سبب التهدم مجهولاً، أو وافق رب العمل بإقامة المنشآت المعيبة.

ثانياً: التوصيات

1. بما إن المشروع المصري قد وضع نصوصاً قانونية صارمة لمعاقبة المهندس والمقاول بعقوبات جزائية تصل لحد الأعمال الشاقة إذا ما ترتب عن أعمالهما وفاة أشخاص،أو الاضرار بالصالح العام وهذا يجعل المهندسين والمقاولين يسعون جاهدين إلى التقيد بكافة الشروط والإلتزامات الخاصة بإعمال البناء المنصوص عليها في القوانين المعمول بها تفادياً لحدوث كوارث تهدم البناء.
ونتيجة للتقدم العلمي والتقني وأثره الواضح في ضخامة مشاريع البناء والتشييد وسرعة إنجازها وتتداخل تراكيبها وكثافتها في مختلف دول العالم وخاصة في العراق والسودان والذي يقابله إنعدام قوانين خاصة وأنظمة خاصة تحتوي على عقوبات تخص مخالفة أصول البناء سواء تعلق الأمر بالمهندس أو المقاول أو صاحب العمل.
لذلك نوصي المشرع العراقي والسوداني أن يتدارك هذه الثغرة ويسير على نهج المشرع المصري بحيث:
أ. ينص على عقوبات خاصة إذا نتج عن مخالفة قواعد البناء التهدم الكلي أو الجزئي.
ب. تشديد العقوبات إذا نتج عن تهدم البناء خسائر بشرية.
ج. تشديد العقوبة أكثر إذا تمت الأفعال السابقة عن طريق الغش والتزوير.
2. نوصي المشرع العراقي بتوسيع نطاق الضمان من حيث الاضرار والعيوب بحيث يشمل إلى جانب ما ذكر في المادة (870) من القانون المدني العراقي من خلل يهدد متانة البناء وسلامته، العيب الذي يجعل البناء غير صالح للغرض الذي انشيء من أجله.

3. نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (231) من القانون المدني العراقي وذلك بأن يجعل مسؤولية الحارس عن فعل الشيء مسؤولية مفترضة غير قابلة لاثبات العكس إلا باثبات السبب الأجنبي، كما هو الحال في القانون المدني المصري.
4. نوصي المشرع العراقي أن يعيد النظر في نص المادة 229 مدني وتعديله بنص مشابه لنص المادة (177 مدني مصري)، كي تقوم المسؤولية عن الاضرار التي تصيب الغير أثناء مدة التشييد على عاتق حارس البناء أو حارس موقع العمل.
5. نوصي المشرع العراقي معالجة التناقض الوارد في المادة 870/ 4 والمادة (232) من القانون المدني فيما يتعلق بمدة الدعوى الناشئة عن العمل غير المشروع والدعوى الناشئة عن تهدم أو حصول العيب في الأبنية أو المنشآت الثابتة الأخرى، وذلك من خلال توحيد المدة لتصبح ثلاث سنوات.
6. استجابة لمتطلبات عقود التشييد وتعدد أنواعها وطرق تنفيذها وحماية رب العمل غير الخبير بأمور البناء والتشييد، فمن الضروري اعتبار بائع العقار، والموزع، والمستورد، والوكيل، والصانع في حكم المهندس والمقاول المشمول بأحكام المسؤولية العشرية.
7. نظراً للارتباك التشريعي في نص المادة 871 مدني عراقي، الذي أوقع القضاء العراقي في الخلط بينهما وبين نص المادة 870 في تحديد الأساس القانوني لمسؤولية المقاول والمهندس المعماري، نوصي المشرع تعديل نص المادة 871 على نحو يفصح عن مجال تطبيقها.
8. التوصية للمشرع في كل من العراق والسودان بإصدار قانون ينظم التأمين الهندسي الاجباري على عقود التشييد أسوة بالتأمين على السيارات وذلك أثناء مدة تنفيذ المشاريع الإنشائية وبعد إتمام العمل ومدة الضمان العشري كما فعل المشرع المصري في قانون البناء والهدم الجديد رقم 119 لسنة 2008 وجاء نص المادة 46 منه بما يأتي:

"لا يجوز إصدار ترخيص البناء أو البدء في التنفيذ للأعمال التي تبلغ قيمتها مليون جنيه فأكثر أو المبنى المكون من أربعة طوابق فأكثر أو التعليات أياً كانت قيمتها إلا بعد أن يقدم طالب الترخيص وثيقة تأمين...... وتغطي وثيقة التأمين المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن الاضرار التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث بالمباني والمنشآت من تهدم كلي أو جزئي وذلك بالنسبة لما يأتي:

أ. مسؤولية المهندس و المقاول أثناء مدة التنفيذ بأستثناء أعمالهم.

ب. مسؤولية المهندس و المقاول أثناء مدة الضمان المنصوص عليها في المادة 651 من القانون المدني المصري.

المصـادر

أولاً: مصادر الفقه الإسلامي

1- الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامة، المغنى والشرح الكبير، ج9، دار الفكـر، بيروت، 1973.
2- الإمام علاء الدين الكاساني، بـدائع الـصنائع في ترتيـب الـشرائع، دار الكتـاب العربي، بيروت، 1982.
3- محمد أمـين الـشهيد بـابن عابـدين، رد المحتـار علـى الـدر المختـار شـرح تنـوير الأبصار، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
4- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام ـ الفقه الاسلامي في ثوبـه الجديـد، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، دار الفكر، دمشق، 1968.
5- الإمام موفق الدين أبي محمد بن قدامة، المغنـى الكـبير والـشرح الكـبير، الجـزء التاسع، دار الفكر العربي، دمشق، 1972.
6- الإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تـبين الحقـائق شـرح كنـز الـدقائق، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى في بولاق، مصر، 1305 هجرية.
7- الإمام شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء السابع والعـشرين، دار الكتـب العلمية، بيروت، 1993.
8- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبـات والعقـود في الـشريعة الإسـلامية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، 1972.
9- الشيخ نظام ومجموعة من العلماء الهنود، الفتاوي الهندية في مذهب الإمـام أبـي حنيفة النعمان، المجلد السادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1969.
10- محمد أمين الشهير بـابن عابـدين، رد المحتـار علـى الـدر المختـار شـرح تنـوير الابصار،ج6، دار الفكر العربي، بيروت، 1979.

11- الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971.
12- أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي، مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية، القاهرة، 1308هـ، 913.
13- د. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام، الكتاب الثامن، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
14- د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي، ط1، مطبعة المعارف، بغداد، 1985.
15- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام ـ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المجلد الثاني، الطبعة العاشرة، دار الفكر، دمشق، 1968.

ثانياً: المصادر العامة

1. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ـ القسم الأول ـ في الأحكام العامة، ط5، القاهرة، 1992.
2. د. محمد لبيب شنب، د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بدون دار نشر، القاهرة، 2007.
3. د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ـ القسم الأول، معهد الدراسات العالمية، القاهرة، 1958.
4. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ـ مصادر الالتزام، الجزء الأول، مطبعة نديم، بغداد، 1977.
5. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع.

6. د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957.
7. د. معوض عبد التواب، مدونه القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
8. د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، 1969.
9. بدر جاسم اليعقوب، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة في القانون الكويتي، الطبعة الأولى،1980.
10. د. عبد الباسط جميعي وآخرون، الوسط في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الثاني، القسم الثاني، الدار العربية للموسوعات، القاهرة، 1979.
11. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، الطبعة الثانية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971.
12. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني ـ النظرية العامة للالتزام الجزء الأول ـ مصادر الالتزام ـ المصادر غير الارادية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1975.
13. د. حسين عامر، المسؤولية التقصيرية والعقدية، ط1، مطبعة مصر، القاهرة، 1956.
14. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع، منشورات جامعة صلاح الدين، العراق، 1996، ص 211.
15. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
16. صبيح مسكوني، القانون الروماني، الطبعة الأولى، مطبعة شفيق، بغداد، 1968.

17. د. عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المجمع العلمي الإسلامي، بيروت، 1981.
18. د. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
19. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
20. د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن الأشياء، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1957.
21. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون دار نشر، 1980.
22. د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، الجامعة المستنصرية، بغداد، 1976.
23. د. غني حسون طه، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 971، ص 198.
24. د. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
25. د. عز الدين الدناصوري، ود. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
26. د. محمد الشيخ عمر، قانون المعاملات المدنية، الجزء الثاني، الالتزامات غير الارادية، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، الخرطوم، 2008.
27. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

28. د. عدنان ابراهيم السرحان، العقود المسماة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.
29. د. أحمد عبد العال أبو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
30. د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
31. د. خالد عبد الفتاح محمد، المسؤولية المدنية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2009.
32. د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعي، القاهرة، 1977.
33. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، بدون دار نشر، القاهرة، 1954.
34. د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مطبعة المعارف، الاسكندرية، 1985.
35. د. محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985.
36. د. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، مصادر الالتزام، ج1، دار وائل للنشر، عمان، 2002.
37. د. فخري عبد الرزاق الحديثي، د. خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ـ الجرائم الواقعة على الاشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
38. د. عمر الفاروق الحسيني، شرح قانون العقوبات ـ القسم الخاص في جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

39. د. عبد المهيمن بكر سالم، القسم الخاص في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
40. د. سامي محمد فريج، اعداد المستندات واعمال الطرح والترسية ـ الكتاب الثاني، دار النشر للجامعات، القاهرة، 2007.
41. د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
42. د. رؤوف صادق، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1982.
43. د. نبيل مدحت سالم، الإجراءات الجنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995.
44. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
45. د. حامد الشريف، نظرية الدفوع، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988.

ثالثاً: المصادر المتخصصة

1.د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2007.
2.د. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الاخطاء المهنية، الشركة العامة للكتاب، بيروت، 1987.
3.د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ـ الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
4.د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1985.
5.د. محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

6.د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1982.
7.د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقيد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
8.شريف أحمد شريف حسيني، المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني.
9.د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، بدون دار نشر، القاهرة، 2007.
10.د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
11.د. محمد إبراهيم دسوقي، المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن تهدم المباني وهدمها، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2010.
12.د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، مطبعة عشتار، بغداد، 1985.
13.د. عمرو طه بدري محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد،دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
14.عبيد حاج علي، المسؤولية التقصيرية، بدون دار نشر، الخرطوم، 2010.
15.د. أحمد مفلح خوالدة، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
16.د. عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1976.
17.أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

18.د. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، 199.
19.د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 204، ص44.
20.د. عبد الحميد الشواربي، شرح قانون المباني، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997.
21.د.ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دار الثقافة للنشر عمان، 2009.
22.د هدى قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الاصول الفنية في البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
23.د. نبيل عبد البديع يحيى، القانون والمهندس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
24.د. محمد عبد الظاهر حسين، خطأ المضرور وأثره في المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
25.عبد الوهاب عرفة، المسؤولية الجنائية والمدنية، المكتب الفني للموسوعات القانونية الاسكندرية، 2007.
26.د. عبد الحميد عثمان، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، بدون دار نشر، القاهرة، 2005.
27.د. سمير كامل، التأمين الاجباري في المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
28.د. نزيه محمد صادق المهدي، التأمين الاجباري في المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
29.د. أحمد عبد أبو قرين، المركز القانوني للمتدخلين في تنفيذ عقود المقاولات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

رابعاً: الرسائل العلمية

1. محمد فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، 1962.
2. محمد نصر الدين، أساس التعويض، رسالة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.
3. شريف احمد شريف حسين، المسؤولية الناشئة عن انهيار البناء في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، عمان، 1994.
4. محجوب إبراهيم محمد الأمين، المسؤولية القانونية للمقاول – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الزعيم الازهري، الخرطوم، 2006.
5. عادل عبد العزيز عبد الحميد، مسؤولية المقاول والمهندس من ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، فلسطين، 2007.
6. عبد الجبار ناجي ملا صالح: مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، كلية القانون، 1979.
7. وليد حكم أحمد مهنا: فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير حجم التعويض في المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الدراسات العليا في جامعة مؤتة، الأردن، 2006.
8. محمد إبراهيم مهنا التميمي،فكرة الخطأ المهني في نطاق المسؤولية المدنية رسالة ماجستير –مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية،2001.
9. د. حسن زكي الإبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه إلى كلية الحقوق من جامعة القاهرة، 1944.

10. نوري يوسف عبيدات: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق في الجامعة الأردنية، عمان، 1987.
11. د. مصطفى عبد المحسن إبراهيم، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة القاهرة، 2002.
12. د. مصطفى كامل عصيمي، عقد المقاولة من الباطن في القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة اسيوط، مصر، 2002.
13. د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة القاهرة، 1997.
14. د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق في جامعة اسيوط، 1987.

خامساً: القوانين والاحكام القضائية
1. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2. قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008.
3. القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.
4. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
5. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.
6. قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم 150 لسنة 1950.
7. القانون الجنائي السوداني لسنة 1991.
8. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984.
9. القانون المدني السوري الصادر بتاريخ 18/ 5/ 1949 وتعديلاته.
10. قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم 51 لسنة 1979 ونظامه الداخلي.

11. نظام المكاتب والشركات الهندسية في الاردن (13) لسنة 1989.
12. مجموعة قرارات محكمة تمييز العراق.
13. مجموعة من قرارات محكمة النقض المصرية.
14. مجموعة قرارات محكمة التمييز الاردنية.

سادساً: الابحاث والمقالات

1. د. أحمد السعيد الزقرد، دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيو، القاهرة، 1998.
2. د. رمزي فريد محمد مبروك، أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي في عقد البيع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 13، أبريل، القاهرة، 2005.
3. د. محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي "وسائل حسم المنازعات الهندسية،التحكيم التجاري، الوسائل السلمية البديلة الأخرى للفترة 13-14 / أبريل/ 2002، مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.
4. د. محمد لبيب شنب، المسؤولية عن تهدم البناء، بحث منشور في ندوة حول المسؤولية عن انهيار المباني أثناء الكوارث الطبيعية، نظمتها كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1993.
5. د. مصطفى أبو علم، المسؤولية عن تهدم البناء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية، العدد الرابع، القاهرة، 1958.

6. د. هدى حامد قشقوش، حدود المسؤولية الجنائية عن أسباب انهيار المباني أثناء الكوارث الطبيعية، بحث مقدم في ندوة قايد، للفترة من (22-23) / مارس/ 1993، جامعة عين شمس، كلية الحقوق.

المسؤولية الجنائية الناتجة عن

عقود التشييد

" دراسة مقارنة "

ISBN 978-9957-91-147-8
9 789957 911478



تطلب منشوراتنا للعام 2015 من:

الأردن	مكتبة وائل – عمان – شارع الجمعية العلمية الملكية – مقابل البوابة الشمالية للجامعة الأردنية هاتف: 96265335837 + فاكس: 96265331661 + ص.ب 1746 الجبيهة. Sales@darwael.com
الأردن	دار وائل للنشر والتوزيع – العبدلي – مقابل مجلس الأمة – بجانب الخطوط الجوية الملكية الأردنية هاتف: 96265690005 + فاكس: 96265661996 + Wael@darwael.com
الجزائر	الدار الجامعية للكتاب – ولاية بومرداس – هاتف: 21324872766 + maunivliv_dz@yahoo.fr
السعودية	مكتبة جرير – ليست مجرد مكتبة – الرياض – المركز الرئيسي – هاتف: 96614626000 + الرياض شارع العليا وكافة فروعها.
السعودية	مكتبة كنوز المعرفة للمطبوعات والأدوات المكتبية – جدة – الشرقية – شارع ستين هاتف: 96626514222 + فاكس: 96626516593 + info@konoozb.com
السعودية	دار الناشر الدولي – الرياض – حي الملك فهد – هاتف: 96612071186 + فاكس: 96612070587 + ippd@live.com
السعودية	مكتبة المتنبي – الدمام – هاتف: 966569793594 + – فاكس: 96638432794 + mb.book.sa@gmail.com
السعودية	المكتبة العصرية – جدة – هاتف: 96626730658 + 96626730658 + – فاكس: 966126739554 + al_asria@hotmail.com
ليبيا	مكتبة أجيال للكتب العلمية – خلف الأكاديمية الليبية – جنزور – هاتف: 218925365281 + 218914787128 + elakrami196698@yahoo.com
ليبيا	دار الرواد – طرابلس – ذات العماد – هاتف: 218213350332 + – فاكس: 218213350016 + daralrowadbooks@gmail com
ليبيا	مكتبة طرابلس العلمية العالمية – هاتف: +218213601583 – فاكس: 218213601585 + tripoli.bookshop@hotmail.com
ليبيا	مكتبة الشهيد عبد الرحمن – مصراته – هاتف: 218913166076 + 218913137257 + فاكس: 218925758030+
العراق	مكتبة الذاكرة – بغداد – الأعظمية – هاتف: 96414259987 + نقال: 9647800740728 + info@althakerabookshop.com
العراق	مكتبة التفسير – أربيل – القلعة – هاتف: 9647508180866 + tafseeroffice@yahoo.com
العراق	مكتبة دجلة للطباعة والنشر والتوزيع – بغداد – شارع السعدون – هاتف: 96417187092 + نقال: 9647705855603 + dijla.bookshop@yahoo.com
مصر	مكتبة مدبولي – القاهرة – 6 ميدان طلعت حرب – وسط البلد – تلفاكس: 20225756421 + فاكس: 20225752854 + info@madboolybooks.com
مصر	القاهرة – مجموعة النيل العربية – شارع عزت سلامة – متفرع من شارع عباس العقاد – هاتف: 20226717135 + فاكس: 20226717134 + info@arabnilegroup.com
الإمارات	مكتبة دبي للتوزيع – دبي وكافة فروعها في الإمارات – هاتف: 97143339998 + فاكس: 97143337800 +
الإمارات	مكتبة الفلاح – العين – ص.ب 16431 – هاتف: 9717662189 + – فاكس: 9717657901 +
قطر	مكتبة جرير – ليست مجرد مكتبة – الدوحة – طريق سلوى – تقاطع رمادا – هاتف: 9744440212 +
الكويت	مجموعة ايكوز للتجارة العامة – الكويت – هاتف: 96522667778 + – فاكس: 96522667779 + نقال: 96597150400 + arahman70@hotmail.com
الكويت	مكتبة دار ذات السلاسل – الكويت – هاتف: 9652428204 + – فاكس: 96522438304 + ths@thatalsalasil.com.kw
رام الله	دار الشروق للنشر والتوزيع – هاتف: 97022965319 +
الخليل	مكتبة دنديس – الخليل – هاتف: 970599319922 + – فاكس: 9722224123 + info@dandis.ps
سوريا	دار المنجد للنشر – دمشق – الجمارك – المزة – هاتف: +963112135414 – فاكس: 963112118277 + munajed@mail.sy
لبنان	دار الكتب العلمية – بيروت – تلفاكس: 9615804810 + 9615804811 +
موريتانيا	المكتبة التجارية الموريتانية الكبرى – نواكشوط – هاتف: 2225253009 + – ص.ب 341

wael@darwael.com
www.darwael.com
دار وائل للنشر و التوزيع
دار وائل للنشر
دار وائل للنشر